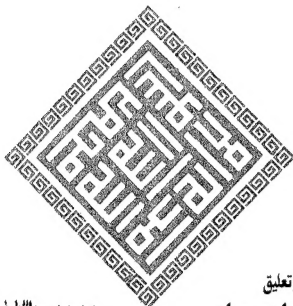


ن. ج. كولسون

في تاريخ التشريع الاسلامي



مراجعة

د. حسن مصطفى عبد اللطيف النافعي

جملة وتعليق

محمد احمد سراج

٥٥



0007877

Biblioteca Alexandrina

في تاريخ
التشريع الاسلامي

المجلة العامة لمكتبة الاسكندرية
رقم المجلد : 297
نوف
رقم التسجيل : ٤٧٧٨

ن. ج. كولسون

في تاريخ التشريع الاسلامي

مراجعة

د. حسن محمود عبد الطيف النافعي

ترجمة وتعليق

د. محمد احمد سراج



General Organization Of the Alexan-
dria Library (GOAL)

Bibliotheca Alexandrina

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع



هذا الكتاب ترجمة

**A History of
Islamic law**

by
N.J. Coulson

بسم الله الرحمن الرحيم

«شكر وتقدير»

الكتاب الذي أتشرف بتقديم ترجمته للقارئ العربي هو كتاب A History of Islamic Law لمؤلفه N. J. Coulson . وهو واحد من أهم وأكبر المستشرقين الانجليز المعاصرين المعنيين بدراسة الفقه الإسلامي وتدرسه بجامعة لندن. تتلمذ على المستشرق المشهور يوسف شاخت J. Schacht ، كما درس القانون الانجليزي، مما أتاح له القدرة على تناول مسائل الفقه الإسلامي من وجهة نظر جديدة. وقد زار بعض البلاد الإسلامية، وعمل أستاذاً زائراً بإحدى الجامعات النيجيرية. وله مؤلفات أخرى في الفقه الإسلامي على قدر من الأهمية، منها كتاب في الميراث، وآخر يدور حول تحديد العلاقة بين الجوانب النظرية في الفقه الإسلامي وبين تطبيقاتها العملية. ولقد نشر الكتاب الذي أقدم ترجمته في لغته الأصلية سنة 1964 ضمن سلسلة Islamic Surveys .

وقد قمت بترجمة هذا الكتاب إحساساً مني بأهميته. وإنني أدين في عملي هذا للدكتور حسن محمود عبد اللطيف الشافعي بأمور كثيرة؛ فإنه تفضل مشكوراً بمراجعة الترجمة ومطابقتها على النص الأصلي بما هو معهود فيه من صبر ودأب على البحث والتحري بغية الوصول إلى أقرب تعبير عن مقصد المؤلف وأوضحه. لقد زاملت الأستاذ المراجع طيلة فترة المراجعة وتناقشنا طويلاً في فكر المؤلف وآرائه، مما كان له أثر كبير في إضافة بعض التعليقات التي أوردتها توضيحاً لرأي المؤلف أو نقداً له من وجهة نظر الباحث المسلم. ويقتضي ذلك أن أشيد بإخلاص

الأستاذ المراجع واتساع ثقافته. إنني لا أستطيع أن أوفيه ما يستحقه من الشكر والتقدير لقاء ما أنفق من جهد ووقت، وحسبي أن أدعو الله أن ينفع به وأن يثيبه على ما تجشمه من عناء في الوصول بهذا العمل إلى الصورة التي ظهر بها. ويجب أن أشير مع ذلك إلى مسؤوليتي الكاملة عما عساه يوجد من أخطاء أو نقصير. وحسبي أنني لم أدخر وسعاً في أية مرحلة من مراحل عكوفي على هذا العمل.

وأتوجه بخالص شكري إلى الدكتور مارتن هاينز Martin Hinds الأستاذ بقسم اللغة العربية بجامعة كمبردج، لما بذل من جهده ووقته في تعريفني بأهم كتابات المستشرقين الانجليز ودراساتهم في الفقه الإسلامي وتاريخه وأصوله، وهو الأمر الذي كان له أثر بالغ في تيسير معرفتي بأهمية المؤلف وكتابته هذا الذي أقدمه.

وفي هذا الصدد أجد لزاماً علي أن أتوجه بالشكر إلى جامعة القاهرة وكلية دار العلوم، حيث هيئت لي السفر إلى انجلترا في مهمة علمية أتاحت لي الاتصال بالفكر الغربي.

ويطيب لي أن أتوجه بشكري العميق إلى الأستاذ الدكتور السعيد بدوي والأستاذ الحساني عبد الله - لما أفدت من مناقشاتهما وملاحظتهما في تحديد المعايير اللازمة للترجمة.

المترجم

بين يدي الترجمة

— 1 —

تلقى دراسات المستشرقين في فروع المعرفة الإسلامية اهتماماً كبيراً في أعمال الباحثين المسلمين. ويتضح هذا الاهتمام في ترجمة أعمالهم أحياناً وفي الرد عليها ومعارضتها أحياناً أخرى. ويغالي بعض الباحثين المسلمين حين يتجاوز دائرة الاهتمام بأبحاث المستشرقين إلى ترديد مقالاتهم والانقياد الأعمى لمقرراتهم. وهؤلاء يرتكبون خطأ مزدوجاً، وذلك في حق أنفسهم حين قبلوا التضحية بعقلهم، وفي حق البحث العلمي حين تخلوا عن اتخاذ موقف نقدي مما تقرره حضارة في وصف غيرها. وتجدر الإشارة - إذا أردنا استقصاء المواقف المختلفة من فكر المستشرقين - إلى موقف أولئك الذين يضيق صدرهم بدراسات المستشرقين، ولا يرون لغیر مسلم حقاً في دراسة الإسلام. ومعتقد أولئك أن هذه الدراسات مقدمات للغزو الفكري، ونذر مؤامرات تحاك للإسلام والمسلمين.

ويقتضي الإنصاف مع هذا أن أشير إلى تلك الأيادي التي أسداها الجهد الاستشراقي للدراسات الإسلامية. من ذلك نفص التراب عن كثير من كتب التراث الهامة وتحقيقها. ومن ذلك أيضاً إصدار بعض القوائم المفصلة التي تعين على الرجوع للمخطوطات الإسلامية، وتشير إلى أماكن وجودها في المكتبات العالمية المختلفة، من مثل كتاب كارل بروكلمان: تاريخ الأدب العربي. وأشير هنا كذلك إلى كتاب المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي الذي حرره فنسك ومجموعة من المستشرقين.

ويقتضي الإنصاف الإشارة إلى ما تنصف به دراسات المستشرقين في عمومها من الدأب على متابعة التفصيلات والجدية في البحث والتحليل. ولكن لا يمتنعنا هذا من الإرشاد إلى التواء وسائل البحث العلمي في أيدي مجموعة منهم. وذلك لكثير من العوامل. منها أن البعض ما يزال متأثراً بظروف نشأة الفكر الاستشراقي وتطوره الأول. ويتناول ما كسم رودينسون Maxime Rodinson تطور الفكر الاستشراقي في بحثه الدقيق Image and Western Studies of Islam مقررًا نشأة هذا الفكر انطلاقاً من مبدأ «افهم عدوك» حينما كان المسلمون يمثلون أكثر من تهديد للمجتمع الغربي، أو قل: حينما كانوا يمثلون العدو الأول للممالك المسيحية الأوروبية. ومن الطبيعي أن يقدم الباحث الغربي في هذه الظروف صورة غير دقيقة عن المسلمين لتأجيج نيران العداوة ضدهم. وعندما دب الضعف في كيان الأمة الإسلامية، وسقطت في قبضة الاستعمار الغربي لم يدخر كثير من الباحثين الغربيين وسعاً في سبيل إحكام قبضة بني جنسه على أقدار هذه الأمة وتجريدها من كل أسباب المقاومة. وهكذا لعبت السياسة دوراً بارزاً في صرف كثير من دراسات المستشرقين عن مكابدة الحقيقة.

وتتأثر هذه الدراسات كذلك بعامل آخر، يتمثل في تطبيق مقاييس الحضارة الغربية على الفكر الإسلامي. ومن شأن اتباع هذا المنهج أن يؤدي إلى نتائج متنافرة. فإن لكل حضارة كيانه الخاص. وسيضحي الباحث بحياده وموضوعيته إذا هو أصر على تحكيم رؤيته الخاصة في موضوعات دراسته. وأعتقد أن هذا العامل كان وراء اضطراب الأستاذ كولسون في كثير من المواقف الأساسية التي عالجهها في هذا الكتاب الذي أقدم له هنا.

- 2 -

ومع ذلك فهناك كثير من التطورات التي حدثت في الآونة الأخيرة، والتي من شأنها أن تساعد الدرس الاستشراقي على التخلص من شوائب التحيز السياسي والحضاري؛ فقد استقلت الدول الإسلامية، وحقق أكثرها قدراً مناسباً من التقدم، وتملك جميعها عناصر التفوق المادي والمعنوي. ونخطيء كثيراً إذا حجبنا عوامل الضعف السياسي والاجتماعي الطافية على السطح في نضال الأمة الإسلامية عن رؤية عوامل القوة التي تتغلغل في الأعماق. وينحسر الإعجاب الشديد بمقترحات الحضارة الغربية وصيغها السياسية والاجتماعية، وتشتد موجة الهجوم عليها ونقدتها

في بلادها. وهكذا لم يعد من حق الباحث الغربي أن يصر على تحكيم مقاييس حضارته في دراساته عن الإسلام.

واعتقادي الخاص أن هناك كثيراً من العوامل التي تدفع البحث الاستشراقي إلى أن يسلك مسلكاً مخالفاً لما كان عليه في السابق، منها نمو البحوث عن الإسلام باللغات الأوروبية المختلفة، واشتراك عدد من المسلمين في تقديم مثل هذه البحوث، ويسر الاطلاع على المصادر الإسلامية بهذه اللغات بعد ترجمة الكثير من هذه المصادر، فضلاً عن اتساع العلاقات بين الباحثين المسلمين وغيرهم، مما يتيح لكل من الفريقين معرفة ما يقدمه الآخر من آراء وأفكار. والواقع أن في كل ذلك ما يساعد على تضييق الهوة بين الطرفين.

ومن حق الباحث المسلم أن يستفيد في فهمه لثقافته من النظر إلى هذا التراث في مرآة غيره. ويجب عليه - في الوقت نفسه - أن يتخذ موقفاً نقدياً مما يقرره هذا الغير. ومن واجب الباحث الغربي أن يعي هذه الانتقادات جيداً بدلاً من إصراره على اتخاذ سمت القاضي الذي حدد لنفسه مهمة إدانة الفكر الإسلامي أو تبرئته، والحكم عليه بالصواب أو الخطأ. والواقع أن الأستاذ كولسون قد استعار هيئة القاضي هذه أحياناً. نلمس ذلك في تجريحه لعلماء الجرح والتعديل، وهجومه على جماعات المحدثين، وحكمه عليهم بأنهم هم الذين اختلقوا أسانيد السنة وردوها إلى النبي ﷺ. ويتعد الأستاذ كولسون، عند تصديه لسوق مثل هذه الأحكام، عن العدالة من وجهة نظر الباحث المسلم على الأقل.

— 3 —

لقد أقدمت على ترجمة هذا الكتاب الذي يعبر عن مرحلة مهمة في التفكير الاستشراقي لكثير من الاعتبارات. منها جدية المؤلف، وامتلاكه أدوات البحث القانوني، وخبرته بمصادر الفقه الإسلامي، ومنها اهتمامه في هذا الكتاب بالتأريخ لتطبيق الشريعة الإسلامية في العصر الحديث في بلاد العالم الإسلامي جميعها، وعكوفه على التطبيقات القانونية لأحكام الشريعة في هذه البلاد بغية استخلاص أصولها ومناهج تطبيقها. ومن شأن الاطلاع على ما رسمه المؤلف من هذه المناهج زيادة خبرة الباحث المسلم بهذه التطبيقات القانونية وزيادة معرفته بها. ومن المؤسف حقاً ألا يهتم الباحثون المسلمون بهذا النوع من النظر إلى الآن، مع تنابع

التشريعات في الصدور في العالم الإسلامي، والتقاؤها على بعض السمات المنهجية التي استتجها المؤلف.

وانطباعي الخاص أن القسم الثالث من الكتاب - وهو الذي عالج فيه المؤلف أحوال التشريع في العصر الحديث - أمتع أقسام هذا الكتاب. وقد استنيط شاخت هذا المعنى في مقاله⁽¹⁾ الذي يعلق فيه على عمل كولسون هذا والذي نشر بعنوان:

Modernism and Traditionalism in a history of Islamic Law.

ولا تقتصر حسنات هذا الكتاب على ما سلفت الإشارة إليه. فيمكن أن أعد منها هنا هذا المنحى في تناول الذي يقترب من النهج القانوني. ويفترض تعمد كولسون استخدام المنهج القانوني في دراسته للتشريع الإسلامي صلاحية هذا التشريع للتطبيق في العصر الحديث. وقد وجه يوسف شاخت اللوم إلى كولسون لهذا⁽²⁾. والفرق بين تناول الرجلين أن شاخت يدرس التشريع الإسلامي من وجهة نظر تاريخية بحتة. وعنده أن هذا التشريع إنما يستحق الدراسة لأنه كان تشريعاً عظيماً في فترة تاريخية مضت ولن تعود. ويشبه التشريع الإسلامي في ذلك القانون الروماني. أما كولسون فإنه يدرس هذا التشريع كما تدرس سائر القوانين الحية الأخرى. ومهمة المنهج التاريخي عنده هي اكتشاف الأسس التاريخية التي ترسم الطريق لتطبيق قواعد هذا التشريع في الواقع.

ويهاجم شاخت كولسون بسبب منهجه هذا. ويرى أنه ولا ينظر إلى الفقه بمنظار طالب الشريعة الإسلامية، بل ينظر إليه بمنظار قانوني معاصر. ويسرف كولسون في الخيال من وجهة نظر شاخت حينما يجرب هذا المنهج في دراسة التشريع الإسلامي، لأنه قد تطور إلى نهايته الجامدة والمحتومة، ولم يعد استئناف تطبيقه ممكناً. ويعيب عليه لهذا إغفاله المباحث المتصلة بالشعائر وانحصاره في بحث الجوانب المتصلة بالسلوك والعلاقات الاجتماعية.

ويرد كولسون على هجوم أستاذه شاخت، موضحاً أنه اختار لنفسه النظر إلى التشريع الإسلامي بمنظار قانوني. ويعتقد كولسون بأنه قد حان الوقت لدراسة الشريعة على مستوى متخصص في الاقتصاد أو الاجتماع أو السياسة لتتعاون هذه الدراسات

(1) نشر هذا المقال في Middle East Studies الجزء الأول رقم 4 عدد يونيو 1965.

(2) للمقال السابق.

المتخصصة فيما بينها على رسم صورة أدق لأحكام هذه الشريعة. وعلى طالب الشريعة الإسلامية أن يميل إلى التخصص لأنه سنة العصر.

ولا مراء في أن وجهة نظر كولسون هنا أقرب إلى الحقيقة وأعون على استكمال مسيرة العودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية. على حين يبدو منهج شاخت جامداً وضيقاً على ما يلاحظ كولسون بحق.

— 4 —

ومع ذلك فإنه لا يصح أن نتوقع تطابق الصورة التي يرسمها الأستاذ كولسون للتشريع الإسلامي الذي يجب الاحتكام إليه في العصر الحديث مع تلك الصورة التي يرسمها الباحثون المسلمون لاستئناف تطبيق التشريع الإسلامي. ويتمثل محور الخلاف بين الصورتين في قيام تحليلات كولسون لهذا الفقه على مجموعة من التصورات، منها أن مهمة هذا الفقه الأساسية هي بحث علاقة العبد بخالقه ومدير هذا الكون سبحانه. وفي رأيه أن الفقه قد بحث علاقة الإنسان بالإنسان حقيقة، ولكن البحث في هذه العلاقة قد انحصر في تأثيراتها المختلفة على ضمير الأفراد ومحاسبتهم في اليوم الآخر. وقد أدى انحصار الفقه في هذا الجانب إلى إهمال الفقهاء لمباحث القانون العام Public Law التي تعنى بتحديد نظام الدولة ومؤسساتها الإدارية والتي ترعى المصالح العامة للمجتمع. وقد تسرت للفقه في رأيه - بتحديد له مهمته على هذا النحو - مجموعة من القواعد، تتسم بالمثالية، ولا تنسجم مع الواقع في أحيان كثيرة، ولذا تجاوزت المجتمعات الإسلامية - فيما ذهب إليه - هذه القواعد إلى العمل بأعرافها الخاصة في بعض المسائل، كما تجاوزتها الدولة إلى العمل بما تقتضيه المصلحة العامة في كثير من تنظيماتها.

— 5 —

يقيم الأستاذ كولسون تحليلاته للفقه الإسلامي على أساس آخر يتمثل في أن نصوص الشرع قد غلب عليها تناول الخلقي لا القانوني. فأوجب هذا على الفقهاء ضبط أحكام النوازل والوقائع بالاعتماد على القواعد الخلقية التي حددها هذه

النصوص. ولم يكن أمامهم مفر من الاعتماد على عقولهم واجتهادهم. ثم لم يكن هذا الاجتهاد مقتناً في القرنين الأول والثاني، بل تأخر تقنيته إلى أن جاء الشافعي الذي ضبطه بالقياس. وفي رأيه أن الاجتهاد بمعناه الواسع يكاد يكون نوعاً من النظر العام الهادف إلى تحقيق العدالة في العلاقات الاجتماعية، وأنه - بذلك - أتاح الفرصة لتأثر الفقهاء بأعراف البلاد المفتوحة وقوانينها. ويعتقد كولسون أن استبدال القياس بالاجتهاد في تحديد الشافعي كان سبباً من الأسباب التي أدت إلى إغلاق باب الاجتهاد في الفقه الإسلامي وطبعه بطابع الجمود فيما بعد.

وينصح لهذا - في تطبيق التشريع الإسلامي - بوجوب فتح باب الاجتهاد على مصراعيه بمفهوم يماثل مفهومه قبل صياغة الشافعي نظريته الأصولية. وفي رأيه أن هذا هو السبيل إلى تعبير التشريع عن الحياة الاجتماعية المعاصرة والمتأثرة بالنموذج الغربي. وليس هذا فحسب، بل نراه يتخذ من الإجماع موقفاً مختلفاً عن الموقف الذي استقر عليه المسلمون، ويعتبره سبباً رئيسياً من الأسباب المسؤولة عن جمود الفقه الإسلامي وتخلفه عن مجازاة الواقع. وبعبارة أخرى يريد كولسون هدم الكيان الأصولي الذي أقام عليه الفقهاء المسلمون البناء الفقهي، ويرى في الأصول التي أتى بها الشافعي - وأقرها التالون عليه - السبب في جمود الفقه وعجزه عن متابعة الواقع في العصر الحديث. والخطة التي يتبناها لاستئناف تطبيق التشريع الإسلامي نابعة من تصوره لما كان عليه الاجتهاد قبل الشافعي.

— 6 —

وعلى القطع لا يمكن للباحث المسلم أن يوافق على هذه الخطة. فليس هذا هو التشريع الإسلامي الذي يدعو المسلمون إلى تطبيقه. والاجتهاد بمعناه الواسع الذي اعتمد عليه فقهاء الصحابة والتابعين لم يكن إلا استقراغاً للجهود في الوصول إلى الحكم الشرعي من النصوص الشرعية. وهذه النصوص قد تضمنت أحكام فروع فقهية عديدة في موضوعات كثيرة، كما تضمنت هذه النصوص كثيراً من القواعد التي يمكن الابتناء عليها لمعرفة أحكام ما لا نص فيه من فروع. ثم إنها - أي النصوص - تضمنت الإشارة إلى الخطة التي يجب على الفقيه الاعتداد بها للوصول إلى الأحكام الشرعية. وتتمثل عبقرية الشافعي الحقيقية في اهتدائه إلى ما عبرت عنه النصوص من عناصر هذه الخطة، وإعادة تركيبها في شكل منهج أصولي يعتمد عليه الفقيه في الكشف عن أحكام الفروع التي لا نص فيها.

إن خطة كولسون في استئناف تطبيق التشريع الإسلامي خطة أقل ما تسم به أنها تستبعد أصول هذا التشريع واجتهادات الفقهاء المسلمين، بحيث لا تبقي من هذا التشريع إلا على بعض العناصر التي لا تضمن له أن يكون إسلامياً، فضلاً عن أنها لا تحقق له ذاتيته الخاصة، وشخصيته المستقلة. ولا يعني استبعاد العناصر المحققة لذاتية التشريع الإسلامي وشخصيته إلا القضاء على أقوى حجج الداعين إلى استئناف تطبيق التشريع الإسلامي.

— 7 —

إن المؤلف على وفاق مع حضارته وفكره حينما يقترح الأخذ بمبادئ الأخلاق العليا والأحكام التي نص عليها القرآن والسنة، وترجمة هذه الأخلاق والأحكام إلى بناء قانوني يتفق أو يختلف مع البناء الذي عبر عنه الفقهاء المسلمون. ويجب أن نتوافق مع ذواتنا وأفكارنا لنقرر وجوب احترام تراثنا الفقهي؛ فإن نهضتنا القانونية الحديثة لن تقوم إلا على أساس من هذا الاحترام. ولا يعني هذا وجوب تقليد أسلافنا فيما انتهوا إليه باجتهادهم. بل يعني وجوب الاستفادة من مناهجهم والسير بهذه المناهج قدماً لتحقيق الإصلاح التشريعي المنشود.

لقد استقر التفكير الفقهي الآن على وجوب الاجتهاد، ولكنه ليس لكل أحد، بل لا بد لمن يتقدم لتحمل مسؤوليته من استجماع شرائط⁽¹⁾ التي تتمثل في العلم والإخلاص للدين. ولا يصح من وجهة النظر المسلمة الخروج على الإجماع إذا انعقد بالفعل. أما ادعاء الإجماع خطأ أو لتزييف آراء الخصوم فهذا ما لم يقل أحد بوجوب الأخذ به. وتتمثل وقائع الإجماع الصحيحة المحور الذي يضمن ربط الاجتهاد في الحاضر بالماضي.

ويجب تفتين الاجتهاد بحيث تكون قواعده واضحة لكل مجتهد، وبحيث لا يؤدي الاختلاف في الرأي إلى انهيار وحدة التشريع الذي تصح نسبته إلى الإسلام. ويمكن أن أقرر في هذه المجالة أن القياس هو الشكل الذي ينبغي الاعتماد عليه في الاجتهاد. والتعريف الذي أقدره له ليس هو مجرد إعطاء حكم الأصل للفرع لاشتراكهما في علة الحكم، إذ يمكن التوسع فيه أكثر من ذلك ليشمل إعطاء حكم

(1) راجع هذه الشرائط بالتفصيل في كتب الأصول المختلفة.

الأصل للفرع لاشتراكهما في علة الحكم أو مقصوده. وبهذا تعمل المصلحة أو مقاصد الشريعة ومكارمها في إطار القياس. وهكذا نجد المصالح الحقيقية للمجتمع الإسلامي الطريق إلى تعبير التشريع عنها، شرط أن نكون محايدين في تحديد هذه المصالح. وقد يوافق المؤلف على صحة هذا الرأي إذا نجح في التحرر من الربط بين مصالح المجتمعات الإسلامية والنموذج الغربي. إننا لا نريد فكراً تشريعياً أو فلسفة تشريع تبرر عبوديتنا لنمط الحياة الغربية، بل نريد فكراً تشريعياً يقودنا إلى الاعتناق من التأثيرات الضارة لتقليد هذا النمط. ونخسر المعركة قبل بدئها إذا ألقينا بأصول التشريع التي بدأ الشافعي صياغتها وأخذنا بنظرية المؤلف المبتكرة التي تهدم أكثر مما تبني، وتفتح الطريق لتبرير التأثيرات الغربية إسلامياً. ويبدو أن الأستاذ كولسون لا يريد أن يرى نموذجاً آخر للحياة غير نموذج المجتمع الغربي.

— 8 —

ومع إنكارنا الشديد للأسس التي بنى عليها المؤلف تحليلاته لتاريخ التشريع الإسلامي فأحسب أن من واجبي في هذه المقدمة أن أشير إلى أمر له أهميته في تقدير موقفه إذا قارناه بغيره من المستشرقين بعامه، وبأستاذه يوسف شاخت بخاصة. ويدور هذا الأمر حول مسألة نسبة السنة إلى النبي ﷺ.

لقد ذهب شاخت من حيث المبدأ إلى رفض السنة واعتبرها منحولة على النبي ﷺ وإلى أن أكثر ما بين أيدينا منها إنما يعود إلى القرنين الثاني والثالث الهجريين. وهو لا ينفي وجود نسبة منها مما نطق به النبي ﷺ فعلاً، ولكنه يقرر مع ذلك أننا في موقف لا يمكننا فيه تمييز الصحيح من الزائف.

ويعارض كولسون هذا الموقف الهدمي من السنة، ويعيب عليه عجزه عن تفسير تطور الفقه الإسلامي، وقصوره عن تقديم صورة واضحة لنشأته الأولى. إذ لو كانت الأحاديث قد وضعت في القرنين الثاني والثالث الهجريين لكان معناها تعثر نشأة الفقه إلى هذا التاريخ. وتوضيح ذلك أن السنة قامت بدور هام للغاية في إعمال أحكام القرآن وتطبيقها، وبدل ذلك على وجوب قيام النبي ﷺ بإصدار الأحكام التي يتطلبها تحقيق التشريعات القرآنية والالتزام بها. فمثلاً: جاء القرآن بتحديد أنصبه أصحاب الفروض، وأشار إلى استحقاقهم فروضهم بعد دفع الوصية من التركة. ويفتضي الالتزام بقواعد القرآن في الميراث عملاً أن تكون السنة قد حددت المقدار

الذي يجوز للمورث التصرف فيه بإرادته. وقد قامت ببيان ذلك فعلاً، فاعتبرت ثلث التركة حداً أعلى لا يجوز للمورث تجاوزه إلا برضا الورثة. وقد ذهب شاخت في هذا المثال بعينه إلى أن سنة تحديد الوصية بثلث التركة مما وضع في أواخر الحكم الأموي. ويرد عليه كولسون بأن هذا الافتراض لا يستقيم منطقاً، لاقتضاء تطبيق أحكام الموارث التي شرعها القرآن ورود السنة بتحديد مقدار الوصية قبل ذلك بكثير، أي في عهد النبوة، وإلا لم يكن من الممكن تطبيق هذه الأحكام.

ويؤكد كولسون استدلاله بمثالين آخرين من الميراث أيضاً. أولهما أن القرآن حدد انصباة أصحاب الفروض، وأشار إلى استحقاق العصبة، ولكنه لم يحدد العلاقة بين هذين الصنفين من الورثة. فجاءت السنة بتحديد هذه العلاقة حين قررت البدء بإعطاء أصحاب الفروض ليرد ما يبقى إلى أقرب عاصب. أما المثال الثاني فإن الالتزام بما عينه القرآن من فروض لم يكن تنفيذه في الواقع ممكناً لولا هذا المبدأ الذي قضت به السنة من النهي عن الوصية للورثة.

ويستتج كولسون من هذا وغيره وجوب الاعتقاد بصحة الحديث من حيث المبدأ، إلا إذا وجد سبب قوي يدعو إلى الحكم بضعف نسبته إلى النبي ﷺ، مثل تعبير الحديث عن أفكار لا يمكن أن تنتمي إلى فترة النبوة. وقد عبر علماء الجرح والتعديل عن هذه القاعدة حينما قرروا الحكم بضعف الحديث إذا كان مضمونه أقرب إلى التعبير عن آراء سياسية أو فقهية ظهرت بعد عصر النبي ﷺ. ويهاجم شاخت رأي كولسون في التسليم بصحة السنة من حيث المبدأ، ويرى أنه يكاد يكون أكثر تسامحاً في قبول السنة من محدثي القرن الثالث الهجري الذين رفضوا كثيراً من الأحاديث مع ملاءمة مضامينها لظروف عصر النبوة.

والواقع أن كولسون اضطر إلى التسليم بصحة السنة ليستطيع تفسير نشأة الفقه الإسلامي، وتصور بداياته الأولى التي انطلق منها في عصر النبي ﷺ. فليس في الأمر تساهل من أي نوع. والحقيقة أن منهج شاخت في نقد السنة عقيم لا يستند إلى أي أساس. وستباح لنا إجمال هذا المنهج في حينه عند أول مناسبة. ويكفي هنا أن نلمّحه كولسون قد رأى عجز هذا المنهج عن تقديم تصور - أي تصور - لنشأة الفقه الإسلامي في القرن الأول الهجري.

— 9 —

ومع ذلك فإن موقف كولسون من السنة لا يتطابق مع الموقف الإسلامي المعتمد في الموضوع. لكنه يمثل خطوة إلى الأمام في التخلي عن موقف المستشرقين التقليدي الذي عبر عنه يوسف شاخ بدون تبصر فيما قد يجر إليه هذا الموقف على دراساته نفسها. وأعني بذلك أنه إذا رفض صحة كل المرويات فإنه بذلك يفقد نفسه كل حق في المقارنة بينها زمنياً لتحديد تواريخ ظهورها. وإذا سلم بعجز أدواته عن تمييز صحيح السنة من زائفها فإن واجبه يتحدد تلقائياً في اختيار أدوات أخرى تمكنه من ذلك.

أما خطأ كولسون القادح في موقفه من السنة فاعتقاده أن سلاسل إسناد الحديث مزورة بكاملها. وبحق الآن إثارة هذا السؤال. كيف يقبل متن الحديث ويرفض صحة السند الذي وصل به؟ لقد قبل متن الحديث لاضطراره لهذا القبول في فهم نشأة الفقه الإسلامي وتقديم تصور عنه، ثم خيل إليه أنه يستطيع التفريق بين السند والمتن، ليرفض الأول ويقبل الثاني. والحقيقة أن هذا التفريق لا يبنى عن حكمة في التدبر؛ فإن السنة اعتمدت في نقلها عبر الأجيال الأولى على المشافهة، ويقتضي التسليم بصحة المتن التسليم بصحة سنده الذي وصل به. وقد يسرت نشأة المدارس الفقهية ومعايشة التلاميذ للأساتذة النقل عنهم، واتصال الأسانيد بدون عبء كبير على ذاكرة الراوي. إن أقل ما يوصف به منهج كولسون أنه منهج متناقض لم يتدبر في صياغته العلاقة بين أجزائه.

ومهما يكن من أمر فإنني أقدم ترجمة هذا الكتاب إلى طلاب الشريعة الإسلامية والقانون بخاصة وإلى دارسي الفكر الإسلامي بعامه، راجياً أن أفتح باباً للنقاش الواعي المتعلل والمفيد في تنمية إحساننا بتراثنا الفقهي وتصورنا الموضوعي له. ولن أكف أثناء تقديم الترجمة عن الإشارة إلى أهم النقاط التي يختلف فيها المؤلف مع المعتقد الإسلامي، كما سأحاول التعليق بما يساعد القارئ العربي على الإلمام بالموضوع الذي يتناوله المؤلف.

وسأل الله سبحانه وتعالى أن يحقق بعلمي هذا ما قصدت إليه من زيادة التعريف بالفقه الإسلامي ومصادره وأن ينفع به دارسي العلوم الإسلامية المختلفة، فإنه نعم المولى ونعم النصير.

مقدمة المؤلف

دور التاريخ القانوني في التشريع الإسلامي

يعتقد إدmond بيرك Edmond Burke أن فقهاء القانون ليسوا إلا مؤرخين تعوزهم الدقة. ولا ينبع هذا الرأي من نقص في تحليله بقدر ما يعبر عن سخطه على جماعة من فقهاء القانون الانجليز الذين عاشوا في بدايات القرن التاسع عشر الميلادي، وربطوا أنفسهم بالتراث القانوني لأسلافهم؛ أولئك الأسلاف الذين اعتبروا القانون علماً نظرياً خالصاً معزولاً عن حركة المجتمع، ومن ثم نظروا إليه على أنه مجرد مجموعة من المبادئ والقواعد المستخلصة من مجموعة من المعايير الثابتة التي لا تتأثر بالتطور، ولا تختلف باختلاف الزمان ولا المكان.

إن ملاحظات بيرك هذه ما تزال صحيحة في مجملها إلى اليوم على الرغم مما انتهت إليه المدرسة التاريخية في القانون الغربي من أن القانون نشأ وتطور تبعاً لنمو وتطور حياة المجتمع. حقاً يوجه المشتغلون بالعمل القانوني اهتمامهم كله إلى أحدث المصادر القانونية والقرارات التشريعية. ولعله من الملاحظ كذلك أن القانون الانجليزي اعتبر عام 1189 م أقصى حد للاحتجاج بالسوابق التشريعية. لكن التشريعات الغربية المعاصرة بإجمال - وهذا أمر له مغزاه الخاص هنا - قد أحلت نهج التبع التاريخي للقانون منزلة ثانوية؛ فإن هذه التشريعات تتجه أساساً إلى دراسة القانون بالنظر إلى ما هو عليه في الواقع أو بحسب ما ينبغي أن يكون عليه، لا باعتبار ما كان عليه في الماضي.

ومهما يكن من أمر فإن التشريع الإسلامي - في صورته التقليدية - يقدم لنا مثلاً

واضحاً تماماً للعلم القانوني المنفصل عن الاعتبارات التاريخية. فالقانون في النظرية الإسلامية التقليدية أحكام الله المنزلة من عنده [عز وجل] التي أوجبها على عباده، وهي سابقة في وجودها وجود الدولة الإسلامية، لا مسبوقة بها، وهي حاكمة للمجتمع الإسلامي وليست محكومة به. ويرتّب على ذلك استبعاد النظر إلى تطور القانون في ذاته على أنه ظاهرة تاريخية وثيقة الصلة بنمو المجتمع وتطوره. أما تدرج الكشف عن أحكام الله [عز وجل] وصياغتها فمن الطبيعي التسليم بخضوعه للنمو والتطور الذي ينقسم حسب ما ارتضاه النظر التقليدي منهجياً إلى مراحل عديدة متميزة: لقد كان لزاماً أن يوجد المهندسون الذين وقع عليهم عبء التخطيط في البداية، ليتلوهم أهل الصناعات المختلفة الذين تعهدوا خطة الأولين ونفذوها. وكان إسهام الأجيال المتعاقبة بعد ذلك أن تضيف إلى هذا البناء ما رآته مناسباً من تحسينات وزخارف. وحينما اكتمل هذا البناء وجد المتأخرون أنفسهم في موقف سلبي فلم يستطيعوا إلا أن يكونوا حراس هذا الصرح الأبدي. لكن ظل النظر إلى هذا التطور⁽¹⁾ باعتباره أمراً معزولاً تماماً عن التطور التاريخي للمجتمع. إن دور الفقيه لم يكن محمداً بمعايير موضوعية تنبع من ظروف زمانه ومجتمعه بل هو على العكس من ذلك محدد بمعايير ذاتية بحته تنبع من مجرد ما لأرائه من قيمة في تتبع الكشف عن الحكم الشرعي. وهكذا تفترق الصورة التقليدية لتطور الفقه الإسلامي إلى البعد التاريخي تماماً.

ولما كان الوعي الإلهي قد انقطع بوفاة النبي ﷺ فإن الشريعة - بما تحقق لها من كمال التعبير والبيان - قد صارت إلى الثبات وعدم القابلية للتغيير. إنها روح مجردة تخلق فوق المجتمع، متحررة من مقتضيات الزمان، وعلى هذا المجتمع أن يتطلع إلى ما تمثله من معايير مثالية وصحيحة إلى الأبد. ووصف قواعد هذه الشريعة بالمثالية لا يعني افتقار التعبيرات القانونية عنها للاعتبارات العملية الملائمة للحاجات الحقيقية للمجتمع، كما أنه لا يعني أن عمل المحاكم الإسلامية لم يلحق أبداً بهذا المثال؛ فإنه لا صحة لهذا أو ذاك. وكل ما نريد أن نقره هنا أن الفكر الفقهي الإسلامي كان في أساسه تفصيلاً وتحليلاً نظريين أكثر من كونه علم قانون وضعي مبني على قاعات المحاكم. وباختصار لم تكن وظيفة التشريع الإسلامي هي التنبؤ بما سوف تلتزم به المحاكم في الواقع بقدر ما كانت وظيفته إعلام تلك المحاكم في معظم الأحوال - وباستثناء محمود يستحق الإشارة إليه - بما ينبغي عليها أن تقضي به.

ويقرر بناء على ذلك أنه لا بد من التفرقة في القانون الإسلامي - إذا استخدمناه

(1) يعني في الكشف عن الأحكام الشرعية؛ إذ الأحكام نفسها غير متطورة.

ببدلولة الاصطلاحي الذي يعني مجموعة القواعد التي تضبط علاقات المسلمين - بين النظر المثالي والواقع العملي. بين الفقه المدون في بطون المسوطات الفقهية والأحكام الواقعية التي طبقها المحاكم فعلاً. وتقدم هذه التفرقة أساساً ملائماً للنظر التاريخي الذي سيضطلع بتحديد مدى الاتفاق والاختلاف بين عمل المحاكم وقواعد الشرع. وتجدر الإشارة إلى أن التراث الفقهي الإسلامي لم يحفل كثيراً بالنظر إلى هذا الضرب من التناول. وحقيقة لا تنقصنا كتب الطبقات في أحقاب معينة، وكذا لا تنقصنا المظان المتعلقة بالولايات غير القضائية ونحوها، ولكن تلك الكتب والمظان لا تمثل تسجيلاً مستقصياً ومستوعباً للتطبيق القانوني، كما أنها أقل من أن تعد محاولة للمقارنة بين هذا التطبيق ومقابله من الرأي الفقهي، والأمثلة القليلة التي تروي عن اعتراض بعض الفقهاء على التطبيق القانوني ليست إلا استثناءات، لكنها تكشف عن الموقف السلمي الذي اتخذته غالبية الفقهاء. وما يمكن تقريره هنا أن معايير القانون الشرعي واحتياجات العمل السياسي⁽²⁾ لم يلتقيا غالباً. ولربما كانت القوة المستبدة للسلطة السياسية هي التي

(2) يجب التفريق بين العمل السياسي النظام ومقابله العادل. فالسياسة الظلمة لم تلتق مع مقررات الشرع أبداً. أما العادلة فإنها موافقة لها. وهذا ما اهتم ابن القيم برصده وتسجيله في أول كتابه الطرق الحكمية. وقد ذكر المؤلف ما يناقض قوله هذا حين ذكر أن وصف قواعد الشرع بالمثالية لا يعني مجافاتها للمصالح الحقيقية للمجتمع. إن افتراض المؤلف وجود تناعد كبير بين قواعد الشرع ومتطلبات الواقع من المبادئ الأساسية التي يبني عليها تحليله لتاريخ التشريع الإسلامي. وينتض هذا الافتراض الحقائق التالية:

(أ) تطبيق الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي لمدة ثلاثة عشر قرناً قبل التدخل الأجنبي.
(ب) إشارة الخلفاء والأمراء على كثير من الفقهاء تأليف مراجع فقهية تكون ميزاناً للتطبيق القضائي، مثل كتاب الموطأ ل مالك. والخراج لأبي يوسف. وفي بعض الأحيان كان الخلفاء يعقدون مسابقة يشترك فيها كبار الفقهاء، وذلك مثل هذه المنافسة التي حدثت بين الماوردي والقنبري في تأليف كتاب فقهي. ويحكي أن الخليفة القادر بالله قد اعتبر كتاب الماوردي الإقناع هو الفائز. وكذلك كان بعض الخلفاء يكلّفون مجموعة من الفقهاء بتحرير مؤلف حقوقي، وأشهر ما وقع من ذلك كتاب الفتاوى الهندية.

(ج) ملاحقة الفقهاء الوقائع والحوادث الجديدة للحكم عليها فقهيّاً. والواقع أن عمل الفقهاء هذا لم ينقطع مطلقاً. والدليل على ذلك تتابع كتب الفتاوى في الصدور. واختصار فإن عبقرية الفقهاء لم تحمد. وسيعترف المؤلف فيما بعد أن كتاب الفتاوى وفقهاء السياسة الشرعية كان ذا المدد الذي حقق تواصل الاجتهاد واستمراره في الفقه الإسلامي.

ومن الواجب أن نشر هنا إلى الفرق بين مصطلح الشريعة ومصطلح الفقه. إن الشريعة هي المبادئ والأحكام العامة التي أوجب الله اتباعها أبداً في الخلق والقانون والعقيدة. وهذه مبادئها =

الجلات الفقهاء إلى التحوط باتباع أسلوب التباعد والتجاهل بدلاً عن المجاهرة بالإنكار والاعتراض على ما يجري من تطبيقات قانونية. وعلى أية حال فلعل طبيعة التراث الفقهي - بالإضافة إلى عدم وجود أي نظام لتسجيل خطوات التقاضي - مسؤولة عن جعل البحث التاريخي في الخلاف بين الجانبين النظري والواقعي واجباً على قدر كبير من الصعوبة. لقد ألقى المستشرقون الضوء على بعض أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذين الجانبين، ولكن ما يزال النطاق الذي تم فيه ترجمة النظر الفقهي إلى واقع - في أزمة وأمكنة معينة - أمراً غامضاً إلى الحد الذي يشكل نقصاً خطيراً في معرفتنا بتاريخ التشريع الإسلامي.

توضح هذه الملاحظات المختصرة على طبيعة الشريعة الإسلامية أن مفهوم التطور التاريخي للقانون كان غريباً وأجنبياً تماماً في الفهم التقليدي للشريعة، وأن التاريخ القانوني - بمفهومه الغربي - لم يكن نوعاً من الدراسة لم يزل يحظه من الاهتمام فحسب، بل الحق أنه لم يوجد قط. وقد دعا إلى مراجعة هذا الموقف التقليدي مراجعة جذرية في القرن الحالي تطوراً مختلفاً في طبيعتها ومنشئها، وإن ربطت بينهما أهميتهما العميقة هنا، كما سيتبين، أولها: إصدار يوسف شاخت بحثه عن أصول التشريع الإسلامي⁽²⁾ الذي لا يزال مقبولاً في أسسه العامة، والذي أثبت فيه أن النظرية

ثابتة لا تتبدل. أما الفقه فهو تلك الأحكام العملية التي تضبط علاقات الناس ببعضهم البعض، وعلاقتهم بخالقهم، وعلاقة المجتمع الإسلامي بغيره من المجتمعات. ولم يقل أحد بنبأته وجود قواعده. إنه يقيس أموراً متغيرة ويحكم عليها، فمن الطبيعي أن تكون أحكامه متغيرة. وقد كان المؤلف على وشك الوصول إلى هذا التفريق، ولكنه لم يتفح لديه دائماً، فحدث لديه خلط بين الثابت والمتغير، بين الشريعة والفقه.

(3) يقصد كتاب شاخت Origins of Muhammadan Law

وتخلاصة ما انتهى إليه شاخت في هذا الكتاب:

(أ) التشريع الإسلامي تشريع يستمد روحه من القرآن والسنة، أما مادته فإنها ترجع إلى أعراف العرب وعاداتهم قبل الإسلام. ولقد كانت هذه الأعراف على قدر كبير من البدائية في سائر أقاليم الجزيرة العربية، باستثناء مكة والمدينة. ويطلق شاخت على هذه الأعراف مصطلح «سنة الناس» التي كان على المحكمين واجب تطبيقها في أحوال التنازع.

(ب) حل نظام القضاء بعد ذلك محل هؤلاء المحكمين.

(ج) أن نبي الإسلام محمداً (ﷺ) لم يأت بنظام تشريعي جديد من كل جوانبه، وإنما أخذ سنة العرب وأعرافهم ليغير فيها بما يلائم عقيدة الإسلام. وكان تغييره هذه الأعراف بأحد طريقتين: أولها بالروحي المباشر وهو القرآن. وثانيها بأحاديثه وتفسيره للقرآن.

(د) على الرغم من الجهود الشاقة التي بذلها المحققون للحفاظ على السنة فإن أحداً - من وجهة =

التقليدية للقانون الشرعي كان نتيجة عملية تاريخية معقدة استغرقت قريباً من ثلاثة قرون، وإن كانت شاخت - ينسب كرامته - الفضل في تحديد منهجه إلى سلفه العظيم إجناس جولد تسهر⁽⁴⁾ - وقد توالى بعد ذلك أبحاث المستشرقين لتؤكد تلك الصلة الوثيقة بين نمو الفقه الإسلامي، وظروف الواقع الاجتماعية والسياسية والاقتصادية. وثانيهما: تغير مفهوم الفقه وانحصاره عن حدوده الجامدة التي لا تقبل التطور: بما حدث في العالم الإسلامي بعامة من تغيرات قانونية في العقود القليلة الماضية، وبما حدث في الشرق الأوسط بخاصة من تعديلات في قانون أحكام الأسرة المعمول به في المحاكم، هذه التعديلات التي أتاحت له التلاؤم مع ظروف المجتمع وطبيعته.

= نظر شاخت - لا يستطيع الإشارة إلى مصنف في الحديث يمثل السنة الصحيحة للنبي ﷺ، أما المجاميع الموجودة بين أيدينا فعند شاخت أن معظم ما تحتويه إنما نشأ في القرنين الثاني والثالث الهجريين، وأن نسبتها إلى النبي ﷺ غير صحيحة لهذا.

(هـ) لما قامت الدولة الإسلامية وشعرت بالحاجة إلى تعيين قضاة رسميين على الحكّمين كان القانون الذي يقضي به هؤلاء القضاة من عمل الفقهاء، الذين بدلوا كل ما في وسعهم لتوثيق الأعراف القديمة وتغييرها في ضوء مبادئ الدين الإسلامي. وأسس هؤلاء الفقهاء كثيراً من المدارس الفقهية، أشهرها مدرسة الحجاز ومدرسة العراق ومدرسة سوريا. ولا يرجع الخلاف بين هذه المدارس إلى خلاف أساسي في المنهج أو الفكر بقدر ما يرجع إلى المنطقة الجغرافية التي تطورت فيها كل مدرسة من هذه المدارس.

(و) نشأ المذهب الحنفي في مدرسة العراق مثلاً نشأ المذهب المالكي في مدرسة المدينة. أما إمام المذهب الثالث فكان تلميذاً لـ مالك، ولكنه اختلف معه فيما يتصل بالسنة. لقد كان الشافعي هو الذي حدد السنة بفعل الرسول ﷺ، كما أنه قد أوجب العمل بها بهذا التحديد إذا تعارضت مع الأعراف السائدة. وهكذا وضع الشافعي السنة في أعلى مرتبة، وقرر في الوقت نفسه قبول الاحتجاج بأثر الصحابة في مرتبة تالية لمرتبة الاحتجاج بالسنة. ويعتقد شاخت أن الدراسة الدقيقة تظهر سبق آثار الصحابة في الوجود على الأحاديث المنسوبة للنبي ﷺ.

(ز) على حين تأسست للمذاهب الفقهية في القرن الثاني فإن مصنفات الحديث لم تظهر إلا في القرن الثالث. وهذا بالنسبة لكتب الحديث المشهورة عند أهل السنة. أما كتب الحديث الأربعة الممتدة عند الشيعة الإمامية فقد تأخر ظهورها إلى القرن الرابع ومتتصف القرن الخامس الهجري.

(ح) يعتقد شاخت أن علماء الجرح والتعديل قد بدلوا جهوداً مضنية لتمييز الأحاديث الصحيحة من الزائفة، ولكن جهودهم هذه لم تكن كافية في تحقيق الهدف، كما أن مناهجهم لم تكن سليمة. (4) يعبر شاخت عن نسبة هذا المنهج إلى جولد تسهر Origins, P.A. ولكن يرى كولسون أنه من إنشاء شاخت. وسيختلف كولسون معه في تحليلاته هذه على ما سنرى فيما بعد. والحق أن الصورة التي يذكرها شاخت عن تطور التشريع الإسلامي واضحة البطلان.

وعند هذا نشأ تاريخ التشريع الإسلامي. ويصح الآن النظر إلى الشريعة على أنها نظام قانوني متطور، كما يصح وضع التصور التقليدي للقانون موضع التاريخي الحقيقي. لقد كان هذا الفهم التقليدي أساساً لنوع من التناول تبدو فيه الأحكام الفقهية يظهر التعبير عن إرادة الله التي لا راد لها. ويتميز هذا النوع من القوانين السماوية عند مقارنتها بالقوانين المعتمدة على العقل الإنساني بخاصيتين أساسيتين، أولاهما: أنه نظام ثابت لا يتبدل، ومن ثم فإن معايير ثابتة ثبوتاً مطلقاً، وليس لأية سلطة قانونية حق تغييرها. وثانيتهما: أن الشريعة الإسلامية المنزلة تمثل السمعة الموحدة لجميع شعوب العالم الإسلامي، على حين أن الاختلاف سيكون هو النتيجة الحتمية لقوانين من وضع العقل الإنساني المتأثر بالظروف المحلية الخاصة والمبرر عن احتياجات مجتمع معين. وبناء على هذا فسيكون من الممكن قياس التطور التاريخي للتشريع الإسلامي - الذي يتمثل في ثلاث مراحل متميزة مر بها التشريع الإسلامي في صورته التقليدية: هي النمو والاكتمال والانحدار - على أساس من مبدأي الثبات والوحدة.

ويمكن القول بأن فترة نمو الفقه التي بدأت في القرن السابع [الأول الهجري] وانتهت في القرن التاسع الميلادي [الثالث الهجري] قد شهدت تضالاً الخلاف بين أجزاء العالم الإسلامي بالتدريج، وكانت عوامل المرونة التشريعية تنجم إلى الانحسار كلما تقدمت النظرية التقليدية لتكسب أرضاً جديدة. وهكذا دخل النظر الفقهي في قالب من الجمود منذ القرن العاشر الميلادي [الرابع الهجري] لم يتخلص منه حقيقة إلا في القرن الحالي. وربما حدثت بعض المبالغات المسرفة في تصوير هذا الجمود وتعميد درجته، وبخاصة في غير مجالات القانون الأسري؛ فإن المبادئ الشرعية الثابتة قد اتسعت لكثير من الخلافات الواسعة في الرأي بين المذاهب الفقهية من جهة وبين أشخاص الفقهاء من جهة أخرى. ولكن يبقى من المؤكد مع ذلك أنه كانت هناك فجوة أخذت تتزايد بين مقررات النظر الفقهي التقليدي ومطالب الحياة المتنوعة للمجتمع المسلم. ولقد ظل العرف المحلي معمولاً به في تلك الوقائع التي بدت فيها الشريعة⁽⁵⁾ غير قادرة على تلبية الحاجات الضرورية مما أدى إلى التوسع في اختصاصات المحاكم غير الشرعية.

(5) يستخدم المؤلف كلمة شريعة، وكان عليه أن يستخدم كلمة فقه، جرياً على عاعدته في التمييز بين الفقه والشريعة. إن الشريعة هي المبادئ العامة للدين الإسلامي، وسيُعرف المؤلف نفسه بعد قليل بأن هذه المبادئ تنسج لتلبية احتياجات أي مجتمع متحضر. أما الفقه فإنه مجموعة الأحكام العملية البنية على مبادئ الشريعة والتي استنبطها الفقهاء من نصوص الشرع. ومبادئ الشريعة ثابتة لا تتبدل. أما أحكام الفقه الاجتهادية فقد كانت علة للتغيير فيها والاختلاف في =

ثم جاءت - وعلى نحو مفاجئ - الحركة الحديثة للتجديد التشريعي، لتبني حالة الجمود التي كان عليها الفقه طوال تلك الفترة. وكما حررت فكرة العدالة Equity القانون العربي الانجليزي من قيود العصور الوسطى الثقيلة فلقد حررت هذه الحركة شرايين الشريعة وأوصلها التنبسة. ويرى المجددون إمكان تطوير الفقه حتى يتلاءم مع حركة المجتمع ويدعم تقدمه في العصور الحديثة. ومن ثم فإن الاتجاه السائد لديهم هو الميل إلى مزيد من المرونة في التشريع. وقد كانت النتيجة التي لا معدى عنها لذلك الميل هي الاختلاف المتزايد على امتداد العالم الإسلامي. وترجع هذه النتيجة كذلك إلى اختلاف معالجة الفقه التقليدي للتوفيق بينه وبين ظروف الحياة الحديثة المختلفة باختلاف بلاد العالم الإسلامي، وتنوع صور الحياة التي أخذت بها.

ومن الضروري في الحقيقة التمييز بين الفلسفة القانونية الإسلامية الحديثة وما كانت عليه في صورتها التقليدية؛ إذ تفترض الفلسفة القديمة التقليدية أن القانون منزل من لدن الله [عز وجل] وأنه يحدد الأحكام التي يجب احتذاؤها في بناء الدولة والمجتمع دائماً وأبداً. ويتلوث القانون في التناول الحديث باحتياجات المجتمع، ووظيفته هي الإجابة على المشكلات التي يواجها المجتمع.

ويشبه هذا التمايز - مع قدر من التوسع - ذلك الجدل المحتدم في التشريع الغربي الحديث بين أنصار مذهب القانون الطبيعي وأتباع المدرسة الاجتماعية. غير أن النمط الذي ينادي به المجددون المسلمون يقدم في الحقيقة مثلاً هاماً للتوفيق بين هذين الاتجاهين. ولربما كانت «الهندسة الاجتماعية Social Engineering» بعبارة العالم الأمريكي Dean Pound هي الوصف المناسب لهذا النوع من النشاط الذي يقوم به المجددون المسلمون. إن الحكم القانوني في الإسلام لا يتحدد وفقاً لاحتياجات وتطلعات المجتمع وحدهما، إنما يمكن إعمال هذه الاحتياجات وتلك التطلعات على نحو مشروع في حدود المعايير والمبادئ التي أمر بها الشرع على نحو لا يقبل التغيير ولا التبديل. لكن المسألة التي لم تحسمها حركة التجديد الحديثة هي: إلى أي مدى يمكن إعمال هذه الاحتياجات والتطلعات في إطار المبادئ الشرعية.

ومن ثم فإن الصدام بين أحكام الفقه التقليدي التي يدعى عدم قابليتها للتغيير وبين متطلبات المجتمع الحديث يثير أمام مفكري الإسلام مشكلة ذات طبيعة أصولية؛

= تقديراً. وهذا مثال على خلط المؤلف بين مصطلحي الفقه والشريعة، مع أنه يبدو في كثير من الأحيان على قدر كبير من الفهم لاختلافهما.

إنه لا يمكن للمصلحين تبرير إصلاحاتهم القانونية اعتماداً على مجرد ما تمليه الضرورة الاجتماعية، إذا أريد للقانون أن يظل محتفظاً بطبيعته، باعتباره تعبيراً عن الحكم الإلهي، وإذا أريد له أن يبقى في النهاية قانوناً إسلامياً. وعلى هؤلاء المصلحين إذن أن يجدوا الأسس الفقهية والأدلة المؤيدة لأرائهم في المبادئ التي قررتها الشريعة صراحة أو ضمناً. ولقد كان من الصعب إيجاد تلك الأسس والأدلة في ظل تغلب النظرة الفقهية التقليدية. وفي هذا المجال بالذات تبدو الصلة بين الجهود التشريعية لهؤلاء المصلحين وبين نتائج دراسات المستشرقين على قدر كبير من الوضوح.

وتمثل مستند انجاء التجديد التشريعي بصورته المتطرفة في فكرة أن التشريع الإلهي لم يرد بأحكام تفصيلية مستوعبة ولا جامدة، خلافاً لما ذهب إليه أصحاب الانجاء المحافظ، وإنما جاء بمبادئ عامة ومجملات تحمل عدة تفسيرات وتأويلات تختلف باختلاف الأحوال والعصور. ومن ثم فإن الانجاء التجديدي هو حركة تستهدف ضرباً من «التأويل التاريخي» للتنزيل الإلهي. وقد برهن المستشرقون على أن نشأة الفقه الإسلامي لم تكن إلا نوعاً من تحقيق معطيات النصوص الشرعية في إطار الظروف الاجتماعية المتغيرة، فقدّموا بذلك أسس الواقع التاريخي الذي يدعم الفكرة التي تقوم عليها النظرة التجديدية. والواقع أنه بمجرد أن توضع النظرة التقليدية في سياقها التاريخي باعتبارها مجرد مرحلة في التطور التشريعي فإن جهود المجددين لن تبدو بأية حال منفصلة انفصالاً كاملاً عن المفهوم التقليدي الذي كان يبدو بمظهر الانجاء الصحيح الوحيد، بل ستغدو امتداداً للتقاليد الفقهية الأصلية، باتخاذها نفس الموقف الذي اتخذته الأئمة الأوائل، وبإحيائها للذخائر الفقهية التي توقفت غوها - على نحو مفتعل - حوالي عشرة قرون.

وعلى هذا النحو يمكن لمساعي التجديد أن ترمي أرسخ دعائمها على فهمها الصحيح للتطور التاريخي للفقه. والحق أن علم تاريخ التشريع يكتسب أهمية حاسمة لم تكن له في الماضي، بسبب تحفز حركة التجديد للتوثيق والانطلاق، واستشراف التشريع الإسلامي للدخول في عصر جديد. ومن ثم فإن الفقيه المسلم لا يسعه أبداً أن يحاظر بوضع نفسه في زمرة أولئك المؤرخين الذين تعوزهم الدقة⁽⁶⁾.

(6) لعل القارئ ما زال يذكر ما بدأ به المؤلف مقدمته من اقتباسه عن بيرك قوله: (القانونيون مؤرخون تعوزهم الدقة).

الباب الأول

الفقه في دور التكوين

الفصل الأول

التشريع القرآني

يتضمن الأمر القرآني «أطيعوا الله وأطيعوا الله ورسوله»⁽¹⁾ أعظم تغيير أدخله الإسلام في البناء الاجتماعي للجزيرة العربية، وهو إقامة سلطة سياسية جديدة تملك حق التشريع، فقبل الإسلام كانت القبيلة وحدة المجتمع، وهي مجموعة من الأقارب تربطهم رابطة الدم، ويفترض انحدارهم من أصل أبوي واحد. وكان على الفرد التوجه بولائه إلى القبيلة في مجموعها، لا إلى زعيمها المختار وحده، كما كان يستمد منها حماية شؤونه ومصالحه. وأي شخص تنتهي به المقادير إلى أن يجد نفسه خارج حظيرة هذه المسؤولية

(1) ورد الأمر بطاعة الله ورسوله في القرآن كثيراً، أحياناً بتكرار الفعل، وأحياناً بدون تكراره. فمما تكرر فيه الفعل (الأمر بالطاعة) قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 59]. وفي سورة المائدة [آية: 92]: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَاحْدُوا﴾. ومن ذلك أيضاً قوله تعالى في سورة النور [آية: 54]: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾. ومنه كذلك ما جاء في سورة التغابن [آية: 12] من قوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّيْتُمْ فَإِنَّمَا عَلَى رَسُولِنَا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ﴾. أما ما جاء بغير تكرار فمما قلناه قوله تعالى في آل عمران [آية: 32]: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّيْتُمْ فَإِنَّمَا عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا﴾. وفي السورة ذاتها [آية: 132]: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾. وفي سورة الأنفال [آية: 20]: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تَوَلَّوْا عَنَّهُ وَأَنْتُمْ تَسْمَعُونَ﴾. وفي السورة ذاتها [آية: 46]: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾. وهكذا يشير المؤلف إلى آيتي الأنفال، وكان عليه أن يجدد الآية التي رجح إليها على نحو ما يفعل في بعض الأحيان.

الجماعية وما تبسطه عليه من حماية كان يعد طريداً وخارجاً على القانون an out law بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى، بحيث يصبح بقاءه ذاته أمراً عسيراً، إلا إذا نجح في الالتحاق بأية مجموعة قبلية أخرى عن طريق التبني أو الولاء.

لقد كان للقبيلة في مجموعها سلطة تحديد المعايير التي تحكم حياة أفرادها. وينبغي تصور القبيلة هنا لا على أنها مجرد الأحياء الذين يمثلونها في وقت ما، بل على أنها حقيقة تاريخية تمتد لتشمل الأجيال الحاضرة والسابقة واللاحقة: وهذا التصور للقبيلة هو في الحقيقة أساس الاعتداد بالقانون العرفي. وقد كانت القبيلة ملزمة باتباع نظام غير مكتوب من القواعد، تطور معها، وعبر عن روحها وشخصيتها. ولم يكن لشيخ القبيلة، ولا لأي مجلس يمثلها سلطة تشريعية لإحداث تغيير في هذا النظام. ولئن وقعت بعض التعديلات التي حدثت بطبيعة الحال على مر الزمن نتيجة مبادرات فردية فإن المصدر الحقيقي لهذه التعديلات راجع إلى إرادة المجتمع بأسره؛ فمن المتعذر أن تصبح هذه التعديلات جزءاً من القانون القبلي، ما لم يتم القبول الجماعي لها بهذا الاعتبار.

وليس من المستغرب في غياب أي نوع من أنواع السلطة التشريعية ألا يوجد أي جهاز رسمي لتنفيذ القانون وإعماله. وكان تنفيذ القانون وإعماله يقع - بدلاً من ذلك - على عاتق الشخص الذي أصابه الضرر. وكثيراً ما فرضت الحماية القبلية اللجوء إلى السلاح لحل النزاع بين القبائل المختلفة، على حين كانت القبيلة تلجأ إلى التحكيم لحل نزاعاتها الداخلية. غير أن هذه المهمة - على ما سبقت الإشارة - لم تكن من عمل أشخاص رسميين، وإنما كان على أطراف النزاع اختيار حكم مناسب لنفسه. والغالب أن يكون هذا الحكم كاهناً من كهنة الديانة الوثنية الذين يدعون لأنفسهم قوي غيبية ذات مصدر إلهي.

وتتطلب هذه الصورة العامة للقانون العرفي القبلي البدائي الذي عم الجزيرة العربية في القرن السادس الميلادي قدراً من التحديد فيما يتعلق بالمجتمعين المستقرين في مكة والمدينة. ذلك أنه كان لمكة - موطن ولادة النبي ﷺ - قانون تجاري بشكل من الأشكال، باعتبارها مركزاً تجارياً مزدهراً، بينما عرفت المدينة - وهي منطقة زراعية - أشكالاً ساذجة لملكية الأرض ومزارعتها. والأكثر من هذا أنه وجدت في مكة على ما يبدو بؤادر نظام يضمن إعمال القانون والإلزام به؛ فقد تم تعيين بعض المحكمين الذين هم موضع القبول العام وبعض المسؤولين الذين اضطلموا بعبء جباية الديات في قضايا القتل والجراح. ومع ذلك فلم يخرج الأمر في هذين البلدين

عما هو سائد في القبائل البدوية من قيام قواعد القانون على مبادئ العرف المطبقة والمسلم بها.

لقد شهد عام 622 م [العالم الأول للهجرة] تأسيس المجتمع المسلم بالمدينة، حيث آمنت القبائل العربية وبطونها في هذا البلد - باستثناء هؤلاء البعض الذين صاروا إلى الإسلام فيما بعد - بمحمد ﷺ نبياً موحى إليه من الله [عز وجل] ، معتبرين أنفسهم ومن هاجر إليهم من أهل مكة مؤسسين لمجتمع جديد، تسمو فيه عقيدتهم على الروابط القبلية، بينما صار مركز النبي ﷺ [مجمع السلطين السياسية والتشريعية، حيث كان الوحي القرآني المتضمن لأوامر الله [سبحانه] والمبلغ إلى هذا المجتمع عن طريقه] أخذاً في إزاحة قواعد العرف القبلي في جوانب عديدة. ويهدف ما بقي من هذا الفصل إلى فهم طبيعة التشريعات القرآنية ومجالها وأثرها على القانون العرفي القائم آنذاك شكلاً وجوهرًا.

عادة ما تأتي الصياغة التشريعية بمعناها الفني في تطور أي مجتمع بعد تحديد هذا المجتمع وقبوله للقيم التي ارتضى الاحتكام إليها. فالصياغة التشريعية ليست أكثر من صوغ هذه القيم المرتضاة في قواعد محددة من الحقوق والواجبات، تنظم الجزاء في أحوال الخروج على هذه القيم. ومن ثم فإنه من الطبيعي تماماً أن تسبق الجهود الدينية لنبي الإسلام ﷺ [من حيث إرساؤها لقيم السلوك الأساسية للمسلمين دوره في السياسة والتشريع بالنظر إلى عنصر الزمن أو الأهمية. وبناء على ذلك فإن ما يطلق عليه التشريع القرآني إنما يتألف من تلك الأوامر العامة المجملية التي أوردتها القرآن لتحديد سلوك المجتمع المسلم وأهدافه. ولا يبدو أن يكون تعبيراً عن أصول الأخلاق الدينية الإسلامية.

إن معظم المفاهيم الأساسية والحجوية التي يقوم عليها أي مجتمع متحضر يعبر عنها القرآن عادة فيما يشبه أن يكون إلزاماً خلقياً. فالرحمة بالضعاف في المجتمع ونفي الغبن في المعاملات التجارية، وعدم الميل والحيف في تحقيق العدالة. كل هذه المفاهيم ترد في القرآن باعتبارها معايير السلوك المطلوبة، دون أن تترجم إلى بناء قانوني للحقوق والواجبات من أي نوع. ونجد هذه السمة الأخلاقية في كثير من القواعد المميزة للإسلام؛ فمثلاً يعلن القرآن تحريم شرب الخمر والتعامل بالربا في عبارات متماثلة، تغلب عليها هذه السمة، دون أن يتضمن إشارة إلى النتائج القانونية العملية لهذا التحريم. والذي حدث في الواقع أن صار شرب الخمر فيما بعد⁽²⁾ جريمة يعاقب عليها

(2) ثبت عقوبة النبي ﷺ على شرب الخمر، واستمر على ذلك أبو بكر وعمر من بعده. وخلاف =

بجلد الشارب، على حين استمر الربا موضوعاً من موضوعات القانون المدني، بحكم كونه عقداً من العقود الفاسدة أو غير المأذونة. ويشير هذا بوضوح إلى ذلك التنوع بين وظيفة النبي ﷺ الدينية ووظيفته السياسية والتشريعية⁽³⁾. نعم، قد يشترك الجانبان في تناول الفعل أو الترك بالحكم عليه، ولكن يظهر الفرق بينهما في طبيعة الحكم الذي كان يقرره النبي ﷺ؛ فبصفته السياسية التشريعية تتمثل أحكامه في جزاءات عملية نمذجها أجهزة الدولة، على حين تتمثل أحكامه بصفته الدينية في كون الفعل أو الترك

= الفقهاء في مقدار الحد لا في أصله. انظر الجرمية والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة) للمرحوم محمد أبي زهرة ص 163 وما بعدها. وكذلك التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة 503/2 ط 3 دار التراث.

(3) انظر الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات الإمام للقرافي صفحات 86-97 مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب. ويشير القرافي إلى الفرق بين تصرف النبي ﷺ بالفتيا والتبليغ وبين تصرفه بالإمامة. ويقرر القرافي في ذلك وأن تصرف رسول الله ﷺ بالفتيا هو إخباره عن الله تعالى بما يجده في الأدلة من حكم الله تبارك وتعالى، كما قلناه في غيره من المقتنين. وتصرفه ﷺ بالتبليغ هو مقتضى الرسالة. فهو ﷺ ينقل عن الحق للخلق في مقام الرسالة... فهو في هذا المقام مبلغ ونال عن الله تعالى، وورث عنه ﷺ هذا المقام المحدثون ورواة الأحاديث النبوية وحملوا الكتاب العزيز، لتعليمه للناس، كما ورث المقتني عنه ﷺ الفتيا. وكما ظهر لنا الفرق بين المقتني والراوي فكذا يكون الفرق بين تبليغه ﷺ عن ربه وبين فتياه في الدين. والفرق هو الفرق بعينه.

ولما تصرفه ﷺ بالحكم فهو منابر للرسالة والفتيا. لأن الفتيا والرسالة تبليغ محض، واتباع صرف، والحكم إنشاء والزام من قبله بحسب ما يستحق له من الأسباب والحجج. ولذلك قال ﷺ: «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضهم أن يكون الحق بحجته من بعض، فمن قضيت له شيء من حق أخيه فلا يأخذه، إنما أقطع له قطعة من النار» [رواه البخاري 77/5 فتح الباري تناب الظالم، باب إثم من خاصم في باطل، ورواه مسلم في كتاب الأقضية، باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطل... صحيح مسلم بشرح النووي 4/12...]. ثم الفرق من وجه آخر بين الحكم والفتيا: أن الفتيا تقبل النسخ، والحكم لا يقبله إلا يقبل النقض عند ظهور ما رتب عليه الحكم....

وأما تصرفه ﷺ بالإمامة فهو وصف زائد على النبوة والرسالة والفتيا والقضاء. لأن الإمام هو الذي قُوِّضت إليه السياسة العامة في الخلائق وضبط معاهد المصالح ودحر المفاسد، وقمع الجناة، وقتل الطغاة وتوطئ العباد في البلاد... فإما فعله عليه السلام بطريق الإمامة... فلا يجوز لأحد الإقدام عليه إلا بإذن إمام الوقت الحاضر، لأنه ﷺ إنما فعله بطريق الإمامة، وما استبيح إلا بإذنه فكان ذلك شرعاً مقررًا، لقوله تعالى ﴿وَاتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ﴾ [الأعراف: 158]. ولعل في هذا توضيح أصل التفریق الذي ذهب إليه المؤلف.

طاعة أو معصية يجازى عليها الله [سبحانه] بالمثوية أو العقوبة.

وأقصى جزاء يقرره القرآن عادة على اتباع أحكام الله وغفلتها هو رضا [سبحانه] أو سخطه؛ فهؤلاء الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً - على ما يقرره القرآن - إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً⁽⁴⁾. ولقد يتم التشريع السياسي بأثر تصرفات الفرد على غيره من الأفراد وعلى المجتمع بأسره، على حين يتجاوز الفقه الديني ذلك إلى العناية بأثر هذه التصرفات على ضمير فاعلها نفسه وما يتبع ذلك من نعيم أو شقاء في الآخرة. وفي كلمة موجزة: لم يكن الهدف الأول للقرآن هو تنظيم علاقة الإنسان بالإنسان بقدر ما كان هدفه تنظيم علاقة الإنسان بخالقه.

ومع غلبة الانحاء الخلقي على التشريعات القرآنية من حيث السمة التي تميزها فإن الآيات التشريعية ليست كثيرة - من حيث العدد - بأي مقياس؛ إذ تقدر في مجموعها بحوالي ستمائة آية، كما أن أكثر هذا العدد يتعلق بتحديد أحكام الفرائض الدينية والشعائر من صلاة وصيام وحج، بحيث لا يبقى إلا قريب من ثمانين آية، هي التي اختصت بالموضوعات القانونية البحتة⁽⁵⁾.

ومن الطبيعي أن تتحدد القوانين الأولى لأي مجتمع في قواعد قليلة بسيطة وموجزة. وهذا هو ما كانت عليه قوانين الألواح الاثني عشر البرونزية⁽⁶⁾. ومع ذلك يختلف تناول القرآني عن قوانين الألواح الاثني عشر في أنه لم يتبع - ولو على نحو

(4) نص الآية: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾. سورة النساء: 10.

(5) قدرها الغزالي وابن العربي بخمسمائة آية. قال الشيخ خضر بن الحسين رحمه الله: وانقصوا في تقديرها على هذا العدد، لأنهم رأوا مقاتل بن سليمان، وهو أول من أفرد آيات الأحكام في تصنيف قد جعلها خمسمائة آية. وقد نازعهم بن دقيق العيد في هذا التقرير، وتأن مقدار آيات الأحكام لا ينحصر في هذا العدد، بل هو يختلف باختلاف الفرائض والأحكام، وما يفتح الله من وجوه الاستنباط. والراسخ في علوم الشريعة يعرف أن من أصولها وأحكامها ما يؤخذ من موارد متعددة، حتى الآيات الواردة في القصص والأمثال مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ غلال القاسبي ص 83. ولا أدري من أين أتى المؤلف بتحليله لآيات الأحكام التي تناولت موضوعات قانونية بحتة في ثمانين آية. وكان عليه أن يذكر مصدرة لمناهة فيه. وانطباعي الخاص أن هذا العدد غير صحيح؛ إذ يصل عدد آيات التشريع الواردة في موضوعات الأحوال الشخصية وحدها إلى قريب من خمسين آية في النظر الأول لسورة البقرة والنساء والنور والطلاق، ولو تعددنا الإحصاء فقد يزيد العدد عن ذلك.

(6) قوانين الألواح الاثني عشر صدرت في روما القديمة، وتمثل مرحلة مبكرة في تطور القانون الروماني.

مبدئي - العناصر الأساسية لأية علاقة قانونية بغية استقصائها. إن هذه التشريعات القرآنية متنوعة تنوعاً عظيماً في موضوعاتها، فمن بيان ملابس المرأة إلى تقسيم الغنائم، ومن تحريم لحم الخنزير إلى ذكر عقوبة الجلد لمرتكبي الزنا. ومع ذلك تنزع هذه التشريعات إلى أن تبدو بمظهر الحلول الخاصة لمشكلات بذاتها أكثر من أن تنزع إلى تقصي الموضوع الذي تناوله على نحو عام وشامل.

ولعل هذه الطبيعة الجزئية للتشريع القرآني قد نبعت من الظروف التي نزل فيها القرآن؛ إذ يمثل الجمع الرسمي للقرآن - وهو الأمر الذي تم بعد وفاة النبي [ﷺ] بضع سنوات - نوعاً من التنظيم الذي تعهدته الدولة لما كان تلاء الرسول متفرقاً على دفعات متوالية في فترات مختلفة من حياته، وفي مواضع مختلفة كذلك، أو على الأقل في السنوات العشر التي عاشها [عليه السلام] بالمدينة إذا قصرنا النظر على آيات التشريع خاصة. وتصلح الآية: 37 من السورة: 33⁽⁷⁾ أن تكون نموذجاً لهذا النوع من التشريعات النابعة من مقتضيات الظروف الخاصة؛ فقد أزيلت هذه الآية قاعدة التبيي التي كانت موجودة قبل الإسلام، والتي كانت تعطى للولد المتبني وضعاً قانونياً في علاقته بمنجنيبه مماثل وضع الولد الطبيعي، وقد هدفت الآية من ذلك إلى إنهاء الجدل الذي راج عقب زواج النبي [ﷺ] من مطلقة متبناه زيد [بن حارثة]. ومن ذلك أيضاً الآيات التي حددت عقوبة القذف بشمانين جلدة، والتي نزلت إثر حادثة الإفك⁽⁸⁾ وفي سياقها.

وحقيقة عالج القرآن [الكريم] بعض الموضوعات القانونية المبينة على نحو ملحوظ من التفصيل والبسط، ولكنه لم يعمد - في أي من هذه الموضوعات المشار لها - إلى تناول جزئياتها المختلفة على نحو كلي مستوعب. ولم يعد الأمر إلى أن مشكلات معينة - مما يغلب وقوعه بطبيعته - قد أوجدت الفرصة لورود عديد من التنظيمات

(7) يشير هذا إلى قوله تعالى في سورة الأحزاب: ﴿وَإِذْ يَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفَى فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتُخْفَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ تُخَشَى فَمَا قُضِيَ زَيْدُهَا وَطَرّاً زَوْجَتُهَا لَكَيْلَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرّاً وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولاً﴾.

ولكن هذه الآية ليست هي الآية التي ألغت قاعدة التبيي بل هي قوله تعالى في آية 5 من السورة نفسها: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَسْمَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيهَا إِخْطَاؤُكُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَمَسَدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً﴾.

(8) لا شك في وجود أسباب نزول لكثير من آيات الأحكام، ولكن كانت هذه الآيات تتضمن القواعد التي تحكم هذه الأسباب وغيرها.

المتصلة بموضوع واحد، وإن لم تتواصل في زمن مجيئها ولا في جوهرها، وتبدو هذه التنظيمات بمظهر المعالجة المفصلة أحياناً عند جمعها من مواضعها المتباعدة في القرآن. ولا ريب في أن موضوع مكانة المرأة بعامة والمتزوجة بخاصة من أهم الموضوعات التي عني بها التشريع القرآني. إن الأحكام التي جاء بها القرآن في الزواج والطلاق كثيرة ومتنوعة، وتمثل هذه الأحكام - بما هدفت إليه من تحسين وضع المرأة - واحداً من أعمق الإصلاحات التي أدخلها القرآن على القانون العرفي الجاهلي، ويمكن إجمال مغزى تشريعين بارزين في هذا الصدد، ولحظ دلالتها في ذلك.

ففي الزواج يأمر القرآن بأن تسلم الزوجة نفسها المهر الذي يقدمه الزوج. وإذا كان ذلك هو ما حدث أحياناً قبل الإسلام فإن المفهوم الأساسي للزواج في نظر بعض صيغ القانون العرفي العربي أنه: بيع المرأة إلى الزوج الذي عليه أن يدفع الثمن إلى أبيها أو وليها، كما يفعل المتبايعان سواء بسواء. فمغزى هذه القاعدة القرآنية البسيطة هو نقل المرأة من مكانة السلعة المبيعة إلى اعتبارها طرفاً في التعاقد تستحق بموجبه تسلم المهر المتفق عليه في مقابل ما عليها من التزامات في الزواج. وبذلك تمتعت بمركز قانوني لم يكن لها من قبل.

وفي أحكام الطلاق يتمثل أعظم تغيير أتى به القرآن في فكرة العدة: فقد كان في مكانة الزوج قبل الإسلام طرد زوجته بكلمة تؤدي إلى فسخ علاقة الزوج في اللحظة ذاتها، وذلك بموجب حقه التابع من مكانته باعتباره مشترياً للزوجة. أما القرآن فإنه يعطل أثر الطلاق ويؤجله إلى ما بعد انقضاء فترة العدة التي تستمر حتى تتم المرأة ثلاث دورات شهرية إذا كانت حائلاً⁽⁹⁾ أو تضع حملها إذا كانت حاملاً. والهدف الأساسي من نظام العدة فيما نص عليه القرآن هو إتاحة فرصة الصلح أمام الزوجين⁽¹⁰⁾، وتستحق الزوجة النفقة على زوجها أثناء فترة العدة⁽¹¹⁾.

وتقطع مثل هذه التغييرات شوطاً بعيداً في مجال تحسين وضع الزوجة، ولكن في حدود ما شرعت لأجله، وهو تقديم العلاج لبعض المشكلات الخاصة التي عانت منها الحياة الزوجية. إذ لم تحاول هذه التغييرات خلق بناء جديد تماماً للقانون الأسري، كما أنها لم تهدف إلى استئصال المفاهيم الأساسية للقانون العرفي السائد. فالزواج

(9) يعني غير حامل.

(10) يشير بهذا إلى قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... وَبِعَوْنِ أَحَقِّ بَرَدَعْنِ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ البقرة: 288.

(11) ﴿يَلْتَقِ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَّرَ عَلَيْهِ رِزْقَهُ فَلْيَقِنْ غَمَّ آتَاءِ اللَّهِ﴾ الطلاق: 7.

يظل - بعد هذه التغييرات - عقداً يحتل فيه الزوج مركزاً متحكماً شبيهاً بمركز المشتري من قبل. ويحتفظ كذلك بحقه الأساسي - الذي هو نتيجة طبيعية لمركزه المتميز والشبيه بمركز المشتري - في إصدار الطلاق من جهته، حسب إرادته هو وحده. وينص القرآن صراحة على أن الرجال قوامون على النساء بما بذلوا من أموالهم في المهر والنفقة⁽¹²⁾.

ومع ذلك فقد تعرض هذا الوضع الاجتماعي الذي يحتل فيه الرجل هذا المركز المتميز إلى نوع من التخفيف بفضل تلك القواعد الحلقية التي أوجبت معاملة الزوجة بالمعروف. ولقد وجد المبدأ القرآني المؤكد مراراً والقاضي بتخير الزوج بين «الإمسك

(12) يشير بهذا إلى قوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم﴾ النساء: 34. ويبدو أنه يفهم القوامة هنا بمعنى الاستملاء والاستبداد والسيطرة فإنه يرى احتفاظ التشريع القرآني بأسس البناء القانوني لأعراف الجاهلية. والقوامة في الفهم الإسلامي إنما تعني الإشراف والاختصاص بقيادة الأسرة. ولا أعرف كيف تمكن المؤلف من استنتاج ارتباط تشريع القرآن القوامة للرجال بالقانون العربي القليل. فيفهم نص القرآن أن حقوق المرأة تابعة عما عليها من واجبات، وذلك في قوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة: 288]. وواجبات الرجل في الأسرة أخطر؛ فمن الطبيعي أن تقابل هذه الواجبات الإضافية بعض الحقوق الإضافية للرجال، تمكيناً لهم من أداء دورهم. فمصدر القوامة إذن تكليف الرجال بواجبات مالية تزيد على الواجبات الأخرى المشتركة بين الأزواج والزوجات.

وحقيقة يعطي القرآن الرجل وحده حق الطلاق، غير أن المفاهيم التي أتت بها قد أتاحت للمرأة الحق في الفرقة للأحوال التي يستعمل فيها الرجال حقهم في الطلاق. وقد أرست آية النساء في الشقاق وتعيين الحكيمين ﴿وإن خفتن شقاق بيننا فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها...﴾ الأساس الفقهي الذي اعتمد عليه المذهب المالكي لتحديد الأسباب المتنوعة التي يصح فيها للمرأة حق طلب الطلاق. وعمل هذه الأسباب العجز عن النفقة، والعجز الجنسي للزوج، والفسر والشقاق. وهذا السبب الأخير عام جداً، ويكاد يشمل معظم الأسباب التي يطلق الرجال نساءهم من أجلها.

فكيف يصح للمؤلف أن يستنتج احتفاظ القرآن بالمفاهيم الأساسية للنظام القانوني العربي، وتفسيره تغييراً جزئياً؟ إن الفرق كبير للغاية بين نظامين: يفترض أحدهما شراء الرجل للمرأة في الزواج، يطلقها بإرادته، ويهجرها برغبته، ويقيها بمشيئته، وبين نظام آخر يرسى الحقوق والواجبات على أسس وبعابير منضبطة، ويحتل فيه الزوجة مركز التعاقد، ويحق لها طلب التفريق إذا أخل الزوج بمفهوم العقد، أو لم يتمكن من استكمالها، أو أحست بالشقاء معه. فهل ينبغي كل أوجه الخلاف هذه على الاتفاق بين النظامين؟ ألا يبعد كل منهما عن الآخر بعداً تاماً؟ إن الاشتراك بينهما بعد ذلك في حق الرجل في الطلاق اشتراك لا يقربهما على الإطلاق إلا في بعض النتائج التي تشارك فيها كثير من النظم، دون أن تحقق معنى الاتفاق. والواقع أن تحليلات المؤلف لهذا الموضوع تقتصر إلى الإحاطة بجوانبه.

بالمعروف أو التسريع بالإحسان»⁽¹³⁾ طريقه إلى التطبيق القانوني، فتضاءلت بهذا معاناة المرأة في المجتمع بعد أن أزال الإسلام أكثر السمات السابقة عليه جفاءً وأشدّها غلظة. وبالحلّاصة أن التشريعات القرآنية إنما عمدت لتعديل العرف السائد وتغيير بعض جزئياته أكثر مما أرادت الإلغاء التام لقواعد هذا العرف.

ولعل قواعد الميراث هي خير مثال يعبر عن أوجه التشريع القرآني المتنوعة التي أشرنا إليها آنفاً؛ ففيما قبل الإسلام كان الهدف من قواعد الميراث العمل على دعم القوة الحربية للقبيلة. ولما كانت القبيلة مؤلفة من هؤلاء الذين ينحدر نسبهم من أصل أبوي مشترك فقد انحصر الميراث في العصبات وحدهم حتى تحتفظ القبيلة بأموالها. وكان المتبع أن يأخذ الميراث من العصبة أقربهم إلى الميت، بحيث تقدم الفروع في الاستحقاق، ثم الأب، ثم الأخوة وأولادهم، ثم أب الأب، وأخيراً الأعمام وأولادهم⁽¹⁴⁾. وتدل بعض الشواهد على تخصيص نصيب من التركة في بعض الأحيان بالوصية لأصحاب القربات النسوية القوية⁽¹⁵⁾، مثل الأمهات والبنات، ومع ذلك فقد ظلت القاعدة العامة هي ألا ينال الإناث والصغار ميراثاً، وأغلب الظن أن ذلك يرجع إلى عجزهم عن الإسهام في الجهود الحربية للقبيلة.

وعلى الطريقة المعهودة للقرآن نراه يبدأ في تناول موضوع الميراث أول ما يبدأ بتوجيه ذلك النداء ذي الطابع الخلقي الذي يأمر فيه من دنا أجله بالوصية إلى الوالدين والأقربين بالمعروف⁽¹⁶⁾. وهذا الأمر يعتبر بوجه عام خروجاً واضحاً على ذلك النظام السابق للميراث، الذي كان يحصر توزيع التركة في العصبات من الذكور، وخاصة إذ تعترف الآية⁽¹⁶⁾ بحق القريبات من النسوة في الاستحقاق. ويشير ذلك التحول إلى نوع التغيير الذي قدمه الإسلام للحياة الاجتماعية من مجتمع تتأسس فيه الروابط بين أفرادها على علاقة الدم إلى مجتمع يبنى على العقيدة الدينية المشتركة. وهكذا حلت

(13) يشير بهذا إلى قوله تعالى في سورة البقرة [آية : 629] ﴿فإسك بمعروف أو تسريع بإحسان﴾ وقد تكرر هذا التخيير فيها ثلاثاً هذه الآية وفي سورة الطلاق كذلك.

(14) كان على المؤلف أن يذكر مصدريه، أو الأسلوب الذي استنتج به ما استنتجه، خاصة وأنه يريد أن يبيّن على ذلك نتيجة خطيرة، هي أن التشريع القرآني قد انتفخ بالترتيب الذي حمله العرف القبلي لتوريث العصبات.

(15) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿ويوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين...﴾ النساء: 11.

(16) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين...﴾ النساء:

الأسرة في المجتمع الجديد باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع محل القبيلة^(١٧).

ثم حتمت الظروف فيما بعد الانتقال من هذا التوجيه الخلقي العام إلى قواعد أكثر ضبطاً للوقائع العملية، إذ تتابع نزول الآيات القرآنية عقب استشهاد العديد من الصحابة في الغزوات والحروب التي خاضوها ضد الكفار لتقرر أنصبة المستحقين من الأقارب، وتعين فروض ذوي الفروض منهم. وأصحاب الفروض هؤلاء تسعة، بينهم ست نساء، هن: الزوجة والأم والبنات والأخت الشقيقة والأخت الأب والأخت لأم، وثلاثة ذكور، اثنان منهم لم يكونا ليرثا في النظام القبلي كذلك، وهما: الزوج والأخ لأم، والآخر وهو الأب كان يجب بالابن باعتباره أقرب منه إلى المورث. وعلى الرغم من أن القرآن لم يعين صراحة أنصبة العصبات على النحو الذي اتبعه في تحديد ميراث أصحاب الفروض فقد ذكر في مناسبة بيان ميراث الأولاد استحقاق الابن لضعف نصيب البنات^(١٨)، كما أشار إلى استحقاق الأخ لضعف نصيب الأخت^(١٩) عند اجتماعها أيضاً. وهكذا فإن القرآن لم يقصد إلى إزالة نظام العصبات كلية، بل عمل على تحويره وتعديله، بغية تحسين حالة بعض القرابات النسوية، بأن أضاف إلى نظام العصبات طبقة جديدة من الورثة، هي طبقة أصحاب الفروض التي لم يكن لها نصيب في الميراث من قبل. وهكذا يتضح مرة أخرى أن التشريع القرآني لم يطل القانون العرفي السائد بقدر ما عمل على تحويره والإضافة إليه^(٢٠).

لم يقدم القرآن تقنيناً مباشراً ومحددًا للمسلمين الملتزمين في سلوكهم وحياتهم بمقاييس الشرع وقواعده. وهناك كثير من المسائل التي يثيرها القرآن من حيث كونه نصاً تشريعياً، غير أننا لا نود هنا أن نعني أنفسنا بالتأويلات المعقدة المتصلة بتفسير القرآن، ولا بتحديد المضامين الدقيقة التي شغلت أذهان المتأخرين من المفسرين والفقهاء بعد تقدم العلوم الإسلامية. وهناك - مع ذلك - مشكلتان من المؤكد أن الصحابة قد اهتموا بهما اهتماماً مباشراً.

(17) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ البقرة: 180.

(18) الآية السالفة.

(19) لعل المؤلف على حق فيما يقرره من عدم استقصاء القرآن لأحكام الوقائع والنوازل، ولكنه أرشد إلى المصادر الأخرى (السنة والاجتهاد) التي تعين على تعرف الحكم الشرعي. وهذا هو الذي يفسر تفوق الصحابة على غيرهم ممن جاءوا بعدهم في الامتثال لمعايير الشرع، وصوغ حياتهم وسلوكهم وفقاً لما جاء به القرآن الكريم.

تتصل أولى هاتين المشكلتين بمسألة القيم القرآنية التي تنزع متزعا أخلاقيا في أساسها، من حيث أثرها على الناحية العملية. لقد حرم القرآن الربا جملة⁽²⁰⁾، مع أنه مما يبدو إسرافاً في البعد عن الواقع العملي⁽²¹⁾ أن نفترض أن القرض أو المقرض سوف يوليان اهتماماً بالجزء الأخرى⁽²²⁾ مماثلاً لاهتمامها بأثر تعاملها على مصالحها الذاتية، وما يجلبه هذا التعامل من كسب أو خسارة.

وقد كان المحتوى القانوني للقواعد الخلقية بالغ الوضوح أحياناً. ففي موضوع القصاص والجروح - مثلاً - وضع القرآن معياراً للعدالة يتمثل في مبدأ «النفس بالنفس والعين بالعين»⁽²³⁾. وفيما قبل الإسلام كان هناك هذا النظام اللفظ القائم على التصور العرفي للعدالة في تغليب مفهوم الثأر عند التعامل مع مثل هذه الجنايات. وكان من عادة القبيلة التي أضير فرد منها أن تحصر على الانتقام من قبيلة الجاني، باعتبارها مسؤولة مسؤولية جماعية عما بدر من أحد أفرادها. ولن تستقر روح المقتول قبل أن يؤخذ بثأره المناسب لمكانته من القاتل وقبيلته. ونظراً للميل الطبيعي لدى كل قبيلة إلى المبالغة في قيمة المقتول من أبنائها فقد كان المتبع أن تثار العدوان عليه بقتل شخصين أو أكثر. فجاه المبدأ القرآني (النفس بالنفس) ليغير الجزاء القانوني للقتل تغييراً جذرياً، ولتصبح نفس القاتل وحدها مرهونة بالقصاص جزاء ما اقترفت. وقد انتقل هذا التغيير إلى مجال المصطلحات، فحلت كلمة «القصاص» التي تعني المجازاة بالمثل محل كلمة «الثأر» التي تعني الانتقام الدموي. والذي تجدر ملاحظته أن القرآن قد ترك البنية

(20) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا.﴾ البقرة: 274.

(21) هكذا يغلب المؤلف النموذج الاقتصاد الغربي، ليحكم من وجهة نظر هذا الاقتصاد على قاعدة تحريم الربا في الإسلام بأنها مسروقة في طلب المثال، ولا تنطبق على الواقع المادي. وليس في الأمر إسراف مثالي إلا إذا قبلنا الواقع الاقتصادي الرأسمالي وهجرنا عن تصور غيره، وإلا إذا اعتقدنا أن الإنسان أسير للنظرة المادية السائدة. والواقع أن تاريخ الإنسان قد عرف أنظمة اقتصادية تحترم الربا وتحرم التعامل به. وتشهد المجتمعات الإسلامية الآن تجرية البنوك الإسلامية التي تقيم فلسفتها على أساس تحريم الربا. وفي مجرد قيام هذه البنوك ما يدل على واقعية هذا التحريم وإمكان تطبيقه في الواقع. وأمامي تقرير قدمه رجال الاقتصاد في باكستان لتحويل البنوك الربوية السائدة في هذا البلد إلى بنوك لا ربوية في مدة ثلاث سنوات. فهل انبثق عن الربا نوع من الغلظة المالية، لا انطباق لها على الواقع؟

(22) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص.﴾ المائدة: 45.

الأساسية على حالها دونما تغيير⁽²³⁾.

ويظهر ذلك في احتفاظه بتصنيف القتل داخل موضوعات القانون الخاص⁽²⁴⁾، فالحقه بالأضرار المدنية بدلاً من أن يلحقه بموضوعات القانون العام، ولذا أعطى للأولياء حق طلب القود أو أخذ الدية أو العفو عن القاتل. وبهذا بقي القتل في إطار التصور العرفي للعدالة، مع تعديل هذا التصور بما يلائم القاعدة الخلقية التي توجب المثلية العادلة بين الجزاء والجنائية. ولا شك في أن قاعدة (النفس بالنفس) نابعة من المبدأ الديني العام الذي يعتبر المسلمين سواسية⁽²⁵⁾، عند الله [عز وجل]، فلا فضل لأحد منهم على الآخر.

غير أن المضمين القانونية لمبادئ القرآن الأخلاقية قد لا تتسم بهذا الوضوح دائماً. فالتعدد إلى أربع زوجات مباح صراحة، وهذه الإباحة مقيدة بقدرة الزوج الذي يعد زوجاته على معاملتهن معاملة عادلة، وإلا وجب عليه ألا يتزوج أكثر من

(23) لعل القارئ يكتشف بنفسه تناقض المؤلف في تقريره أن القرآن غير الجزاء على القتل تغييراً جذرياً، وفي تقريره بعد ذلك أن القرآن احتفظ بالبناء العرفي في النظر إلى القتل دونما تغيير. ودليلاً على استنتاج الأخير أن الشرع أعطى الأولياء حق طلب القود أو العفو عن القاتل أو أخذ الدية، وبهذا يدخل القتل ضمن مسائل القانون الخاص في التصنيف الحديث لموضوعات القانون. ومن هذا يصل المؤلف إلى القول بتناقض النظر الإسلامي للقتل مع النظرة القانونية الحديثة، التي تعتبر القتل من موضوعات القانون العام.

والواقع أن الشرع أعطى لأولياء الدم هذه الحقوق المتنوعة شفاء لنفوسهم بما وقع عليهم من ضرر خاص. ولكنه غول للمجتمع في الوقت نفسه حق الافتيات على إرادة أولياء الدم وتعزيز الجاني بقتله، حتى ولو قرروا العفو عن هذا الجاني أو قبول الدية. وينبع ذلك من نظر القرآن إلى القتل باعتباره تعدياً على الناس جميعاً لا على المقتول وحده. يقول الله تعالى: ﴿من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً﴾ (المائدة: 32). وباختصار يتنازع القانون الخاص والعام في التسمية القانونية الحديثة جريمة القتل في الإسلام. وهكذا لم يكن العرف القبلي مصدر إعطاء أولياء الدم بعض الحقوق على القاتل بقدر ما كان مصدره مراعاة المصالح الخاصة دون إهمال المصالح العامة. لمزيد من الوضوح انظر: التشريع الجناحي للمرحوم عبد القادر عودة 184/2 والمقوبة للمرحوم محمد أبي زهرة ص 535.

(24) القانون الخاص هو الذي ينظم علاقة الأفراد بعضهم ببعض، أما القانون العام فيتمثل بحقوق الدولة وواجباتها، ومن فروعه الدستوري والجناحي والإداري،

(25) لا تنبع هذه القاعدة من المساواة بين المسلمين فحسب، وإنما تنبع إلى حفظ الحياة الإنسانية كذلك، طبقاً لما أوضحه القرآن نصاً. ولذا أوجب بعض الفقهاء قتل المسلم باللعن قصاصاً.

واحدة⁽²⁶⁾. فهل هذا شرط قانوني للزواج بأكثر من واحدة؟ وإذا كان الأمر كذلك فما جزاء الخروج على هذا الشرط؟ أم هو مجرد شرط أخلاقي متروك للضمير الشخصي للزوج؟ لا شك في حاجة كل هذه الأسئلة إلى إجابات عمدة⁽²⁷⁾ ترسم الطريق أمام المتزمتين بتطبيق أوامر الشرع وقواعده في واقع حياتهم.

وتتصل المشكلة الثانية، ولعلها أكثر وضوحاً من سابقتها، بظاهرة عدم استقصاء التشريع القرآني للمشكلات القانونية، وعدم إشارته ولو بكلمة للعديد منها. غير أن هذه الظاهرة لم تحدث أية صعوبة، وبخاصة لمجتمع المسلمين الأول؛ إذ استمر العمل بالقانون العرفي في المسائل التي لم يحدد القرآن أحكامها. ويفصح نظم القرآن وروحه العامة عن قبوله لأعراف الناس وما استقروا عليه في معاملاتهم، ما لم ترد نصوصه بما يناقض هذه الأعراف أو تلك المعاملات. على أن أحكام القرآن تبدو- في مسائل معينة - على قدر كبير من الإجمال. ومن ذلك ما تواردت عليه الآيات الدالة على وجوب أخذ الزكاة من فضول أموال الأغنياء لتلطف إلى المحتاجين من الفقراء، دون بيان للتفصيلات العديدة التي تضبط جبايتها وتوزيعها⁽²⁸⁾، ولذا كان من الطبيعي أن تتطور قواعدها البسيطة التي لم تعد كافية بحكم تقدم المجتمع إلى نظام ضريبي متكامل تحدد فيه الأموال التي تجب فيها الزكاة والمقدار الواجب في هذه الأموال، وكيفية

(26) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أفن ألا تعلموا﴾ النساء: 3.

(27) أجاب القرآن بعمامة عن الواجب في حالة خروج الزوج عن العدل في معاملة زوجته أو زوجته. ويمكن تلخيص هذه الإجابة في قوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً﴾ النساء: 35. وقد انتهى المذهب المالكي من ذلك إلى إثبات حق الطلاق للمرأة في حالة عدم التزام الزوج بمعاملتها بالمعروف. وقد استند الفقه المالكي في هذا إلى مرويات كثيرة عن الصحابة والتابعين. ويدل ذلك على إمكان الوصول من النص القرآني إلى اعتبار العدل شرطاً قانونياً، يحق للزوجة عند فقده أن تطلب الطلاق.

(28) الواقع أن نصوص القرآن في الزكاة بعينها ليست بمجملات هذا الإجمال الذي يقرره المؤلف؛ إذ ضبط القرآن مصارفها. يقول الله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والمؤمنين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم﴾ التوبة: 60. وكذلك ضبط كثيراً من أصناف الأموال التي تجب فيها الزكاة؛ فقد بين وجوبها في الزروع وكل ما أخرجته الأرض والتجارات المختلفة. راجع في ذلك فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي 52/1 وما بعدها.

صرف المأخوذ من هذا الواجب إلى مستحقه، وينبغي ألا يشكل ذلك في فهمنا أي قصور في النص القرآني بالرغم من أن القرآن قد أتى في بعض المجالات بقواعد جديدة تبدو غير مكتملة في ذاتها. ومن أبرز الأمثلة في هذا الصدد ما سبق عرضه من أحكام الميراث؛ فإن إحلال نظام الفرائض محل الأمر بالوصية للوالدين والأقربين كان لا بد أن يثير أسئلة لا نجد جوابها في القرآن: أهذه الوصية ما تزال جائزة؟ وإذا كانت كذلك فما حدها؟ ولئن تصح⁽²⁹⁾

إن مهمة الفصول التالية هي التعرف على الأسلوب الذي تم به بيان ما أبجل وتوضيح ما خفي والإجابة على ما أشكل من هذه الأسئلة وغيرها مما ألمحت إليه. لقد حاولنا في هذا الفصل تقديم تقويم موضوعي للدور التشريعي للقرآن. وقد بدأ بما فيه الكفاية أن القرآن لا يقدم على نحو صريح ومفصل حلولاً لكل المشكلات التي يتطلبها بناء المجتمع. وقد أرسى القرآن بشكل قاطع المبدأ المتمثل في أن الله [تعالى] هو وحده مصدر كل حكم؛ وأن أمره يجب أن يطاع في كل شأن من شئون الحياة⁽³⁰⁾. غير أن هذا المبدأ لم يكن قد ترجم بعد إلى بناء قانوني شامل أو مستوعب لمشكلات المجتمع الإسلامي. وقد أظهرت الأحداث التالية حقاً أن ما قلتمته النصوص القرآنية من أحكام وقواعد إنما تمثل في البناء التشريعي الإسلامي، نقطة الانطلاق، ولا تكاد تتجاوز مرحلة البداية الأولى، وهو البناء الذي أكملته جهود الأجيال المتابعة من المسلمين⁽³¹⁾.

(29) تنص آيات الفرائض (سورة النساء: 11، 12) على البدء بالوصية إن وجدت قبل توزيع التركة على مستحقها من الورثة، ويعني ذلك أن الوصية ما تزال جائزة. ثم إن السنة قد بينت حدها بالثلث وأنها لا تصح للورثة.

(30) ذكرت بعض الآيات القرآنية التي نصت على وجوب طاعة الله ورسوله في تعليق في أول هذا الفصل.

(31) أجد من واجبي التعليق في نهاية هذا الفصل بما يساعد على تتبع تحليلات المؤلف وتقديمها. ويتلخص أهم ما جاء في هذا الفصل فيما يلي:

(أ) رجع القرآن سلطة التشريع إلى الله عز وجل ورسوله ﷺ بعد أن كانت الجزيرة العربية عكومة بتنظيم قانوني عرفي.

(ب) غلب الاتجاه الخلقي في تناول التشريع القرآني، بدليل إغفال الجزاء المعنوي على الخروج على التوجيهات القرآنية من ناحية، والاهتمام بالجزاء الأخروي على الامتناع أو المخالفة لهذه التوجيهات من ناحية أخرى. وقد أدت غلبة الاتجاه الخلقي من وجهة نظر المؤلف إلى قلة التشريعات القانونية في القرآن عديداً، وإلى عدم استقصاء القرآن للعلاقات القانونية التي يتطلبها بناء المجتمع.

ويعتد المؤلف علاقة التشريعات القرآنية بالعرف القبلي، فيذكر أن التشريعات القرآنية إنما عمدت إلى إصلاح هذا العرف ولم تنقذه من أساسه. كما يحدد طبيعة التوجيهات الحلقية بالنظر إلى محتواها القانوني، فيذكر أن هذا المحتوى كان واضحاً أحياناً، وأنه كان على قدر كبير من الإجمال في بعض الأحيان الأخرى. وينحصر تعليقي على هذا في النقاط التالية:

أ- من الناحية المنهجية يتناول المؤلف الجانب القانوني للنصوص القرآنية بالتركيز على الدلالات المباشرة لهذه النصوص، ويعزل هذه الدلالات بعد ذلك عما يفسرها من السنة. ويثير هذا تساؤلاً على قدر كبير من الأهمية، تصدى الفكر الإسلامي للأجوبة عليه في مختلف العصور. ويتصل هذا التساؤل بمنهج تفسير القرآن وهو: هل يصح إفراد دلالات معينة للقرآن، والوصول إلى فهمها فهماً حقيقياً بعد عزلها عن غيرها؟ وهل يصح إفراد النص القرآني بمزول عن التفسير الفقهاء والمفسرين الذين بذلوا جهوداً للباحث الحديث فهم النص القرآني بمزول عن تفسير الفقهاء والمفسرين الذين بذلوا جهوداً ضخمة في استنباط نصوص القرآن وفهمها والوقوف على معانيها؟ إن إثارة هذه الأسئلة يدل بوضوح على أن منهج المؤلف - في فهم الجانب التشريعي للقرآن - منهج ناقص لا يؤدي إلا إلى نتائج متوترة في تصوره للتشريعات القرآنية. والمنهج الإسلامي في فهم معاني القرآن يتمثل في وجوب ضم الدلالات القرآنية المختلفة، والنظر فيها جميعاً، فالقرآن يفسر بعضه بعضاً على ما هو معروف. كما يصير المنهج الإسلامي على وجوب النظر إلى نصوص القرآن في ضوء السنة، فإنها تفسره. وقد بذل المفسرون عبر الأجيال جهوداً ضخمة بحيث لا يصح للباحث الحديث أن يتجاهلها ويبدأ من جديد. إن منهج المؤلف مبسط للغاية، وكان الأولى به أن يختار منهجه هذا، ويعرضه على مناهج تفسير القرآن المقبولة، وذلك قبل أن يستخدمه بالفعل ويصل منه إلى هذه النتائج المفرطة في الثقة.

ب- وهناك ملاحظة منهجية أخرى، وتتمثل في أن المؤلف استعان بكثير من الأخبار والروايات التي تصور حياة العرب القانونية قبل الإسلام، بدون أن يوجه إلى هذه الأخبار أدنى قدر من التشكك، على الرغم من أنه سيرفض بعد ذلك كثيراً من السنن التي تزيد على هذه الأخبار في الصحة والقبول، وعلى الرغم من العناية الزائدة بهذه السنن. ولا نلومه على القبول بقدر ما نلومه على الرفض، أو أنه كان عليه - في الأقل - أن يبين لنا منهجه الذي بنى عليه قبوله لما روى عن أعراف العرب وقوانينهم.

ج- أما مسألة علاقة التشريعات القرآنية بالأعراف الجاهلية فاعتقاد المؤلف أن هذه التشريعات إنما قبلت البنية الأساسية للتنظيم العربي، مع استبدال بعض قواعد هذا التنظيم لكي يتلاءم مع التوجهات الحلقية ومبادئ الدين الإسلامي. ويختلف هذا الرأي جملة وتفصيلاً مع التصور الإسلامي. فالتقابل حاد للغاية بين ما هو جاهلي وما هو إسلامي. والملاحظ هنا أن أمثلة المؤلف وأدلة لا تنهض لتفضيد رأيه هذا. إذ كيف يتفق نظام الزواج الجاهلي الذي يقوم في أساسه على ما يشبه شراء الرجل للمرأة مع النظام القرآني الذي يقوم في أساسه على التعاقد بين الرجل والمرأة. إن هذا التعاقد قد أدى بعد ذلك إلى تنظيم كامل لحقوق الطرفين وواجباتهما، كما أنه هو =

الذي فتح الطريق لإقامة العلاقة بين الطرفين على المودة والسكن والرحمة. فهل تنفق هذه الصياغة الجديدة لمفهوم علاقة الزواج ولحقوق الطرفين وواجباتها مع ما كانت عليه في المجتمع الجاهلي؟ لا شك أن الإجابة ستكون بالنفي عند أي باحث له أقل قدرة على التحليل العلمي الأمين. وكذلك: هل يتفق نظام ميراث يحرم النساء والصغار ويقوم في أساسه على النظر للمصلحة الحربية للقبيلة مع نظام آخر يقرر استحقاق هؤلاء الضعفاء لنصيب من التركة، ويقوم في أساسه على النظر لمصلحة الأسرة؟ قد يكون هناك اتفاق في الجزئيات والاعتراف بحق المصبة، ولكن الأساس يختلف اختلافاً كبيراً.

وحسب المؤلف هنا أنه قد حاول دراسة التشريع القرآني، واختار منهجاً لدراسته هذه. ويكفيه أنه لفت النظر إلى موضوع لم يزل عناية تناسب أهميته في التفكير الفقهي. ولقد درس المرحوم محمد عبد الله دراز الجانب الخلقي في أول بحث حديث لهذا الجانب، في كتابه دستور الأخلاق في القرآن الذي ترجمه من الفرنسية الدكتور عبد الصبور شاهين (نشرته دار البحوث العلمية سنة 1965 م). ويجب القيام بما يمثل هذه الدراسة لتوضيح الجانب التشريعي للقرآن، مع تعديل المنهج الذي رسمه المؤلف في هذا الفصل.

الفصل الثاني

الواقع التشريعي في القرن الأول الهجري

شهدت فترة ما قبل انتصاف القرن الثامن الميلادي انتقال الإسلام من مجتمع ديني محدود في الجزيرة العربية إلى امبراطورية⁽¹⁾ عسكرية كبرى، حددت حدود الدولة المسيحية اللاتينية في جبال البرانس من جهة الغرب، وأطلت على الحدود الشمالية لشبه القارة الهندية من جهة الشرق. وقد ضمت هذه الامبراطورية خليطاً ضخماً من الأجناس والثقافات والديانات، وامتدت سيادتها السياسية إلى مناطق متباينة؛ إذ شملت مناطق كانت خاضعة في السابق لحكم الروم البيزنطيين أو الفرس ذوي الحضارات البالغة التقدم، ومناطق أخرى استوطنتها العرب وقبائل البربر في الشمال الأفريقي، ممن كانوا أقرب إلى الحياة البدائية. ويكفي قليل من التأمل لتخيل تلك المشكلات الحادة التي واجهت قادة العرب في تنظيمهم الإداري لتلك المناطق غداة انتصارهم، وما تلاه من تدفق الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية التي كان عليهم أن يعالجوها في وقت لم يفرغ فيه المسلمون من حل مشكلاتهم السياسية الداخلية، وما أدى إليه النزاع حول حق الخلافة من اشتعال الحروب الأهلية وقيام سلسلة من الثورات وتآليف الأحزاب السياسية المعادية للسلطة المركزية. هذه الظروف التاريخية - بما زخرت به من أحداث متدافعة - قد حددت مجرى التطور القانوني في القرن الأول الهجري.

(1) هذا هو التصور الاستشراقي للدولة الإسلامية.

لقد كان من الطبيعي أن يجد المسلمون في شخص النبي ﷺ القاضي الأمثل الذي كان يفصل في منازعاتهم طوال فترة حياته. غير أن الأجيال المتأخرة قد نسبت إليه قدراً كبيراً من الأحكام التشريعية. وقد كان هذا الأمر - وهو مدى ما لتلك الأحكام من دور في التشريع زائد على ما في القرآن - واحداً من أهم الموضوعات التي قام حولها الخلاف في الحقبة الأولى لتاريخ التشريع الإسلامي. ومناقش ذلك على أية حال في مناسبة التي نبحث فيها بعد. ونكتفي هنا بالقول بأن محمداً ﷺ لا بد أن يكون قد واجه أثناء حكمه بالمدينة كثيراً من المسائل التشريعية، وبخاصة تلك التي تثيرها طبيعة الأحكام القرآنية على ما عرضنا من قبل. ونكتفي هنا بالقول بأن القرآن قد أبطل - على نحو قاطع - الاحتكام لכהان الوثنية، وبأن محمداً ﷺ كان قد شغل منصب القاضي الأعلى، باعتباره الأمين على الوحي والمفسر لتصرف القرآن العامة والمجمل.

ويكتفي هنا بإيراد مثال واحد لإيضاح الطبيعة الخاصة لأحكام النبي ﷺ ذات الجوانب المتعددة. ففي موضوع الميراث قدم القرآن إصلاحات جذرية، وإن اتسمت بالإيهام والإجمال. وقد تابعت أحكام النبي ﷺ لتوضح هذا الإيهام، وتبين ذلك الإجمال.

أولاً أقام النبي ﷺ العلاقة بين أصحاب الفروض الذين حدد القرآن أنصباهم وبين العصابات الذين انحصر الإرث فيهم في القانون العرفي السابق، وذلك بأن أوجب البدء بتوزيع التركة على أصحاب الفروض ليذهب ما بقي منها بعد ذلك إلى أقرب عاصب⁽²⁾ ذكر. وثانياً بين محمد ﷺ وجوب ذهاب القدر الأكبر من التركة إلى مستحقيها طبقاً لما سبق بيانه، وذلك بتقييد حق المورث في الوصية إلى ثلث الموروث⁽³⁾ مما ترك. وأخيراً فقد ضمنت السنة مبدأ عدم الإخلال بالتوازن بين

(2) حديث الحقوا الفرائض بأهلها فما تركت الفرائض فلا ولي رجل ذكر. أورده البخاري ومسلم وابن ماجه في كتاب الفرائض وأحمد بن حنبل في مسنده: 313/1 عن ابن عباس بلفظ: «اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله تبارك وتعالى، فما تركت الفرائض فلا ولي رجل ذكر».

(3) إشارة إلى حديث سعد بن أبي وقاص: «عاني رسول الله ﷺ من وجع أشغيت منه على الموت، فقلت يا رسول الله: بلغني ما ترى من الوجع وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت أفأتصدق بشعري؟ قال: لا. الثلث، والثلث كثير. إنك إن تذر ورثك أغنياء خير من أن تدرهم عائلة يتكفرون الناس، ولست تتفق نفقة تبغني بها وجه الله إلا أجزت بها، حتى اللقمة تضعها في امرأتك». رواه مسلم بهذا اللفظ في كتاب الوصية. والبخاري في مواطن كثيرة منها كتاب الجنائز والفرائض، ورواه مالك في الموطأ في كتاب الوصية، وأبو داود والترمذي وابن ماجه في كتاب الوصايا.

استحقاقات الورثة الشرعيين بما نص عليه من أنه: «ولا وصية لوارث»⁽⁴⁾.

وهكذا وضعت السنة بمثل تلك الأحكام الأساس الأول لقيام بناء قانوني مستمد من مبادئ القرآن الأخلاقية. ولكن محمداً ﷺ لم يبدل أية محاولة كي يضع - بذلك - ما يشبه أن يكون تقنياً كاملاً، مكتفياً بتقديم حلول مختصة بما يعرض من مشكلات⁽⁵⁾.

لقد بقيت المدينة قرابة ثلاثين عاماً بعد وفاة النبي (في سنة 632 م) [العام الحادي عشر الهجري] مركز النشاط الأساسي للمسلمين، حيث كانت المشكلة الرئيسية التي واجهتهم هي خلافة النبي ﷺ في سلطته السياسية. وقد كان طبيعياً في أول الأمر أن يستحق هذا المنصب بعده ذوو المكانة من أعيانه المقربين، فانهقدت الولاية - على التعاقب - لأربعة من أخلص صحابته، هم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي.

وخلال هذه الفترة حققت جيوش الفتح الإسلامي انتصارات متزايدة، فطردت البيزنطيين من سوريا ومصر، واستولت على بلاد فارس. وثارت بسبب تلك الفتوح مشكلات جديدة، تعين على هؤلاء الخلفاء أن يواجهوها. وينسب الفضل إلى عمر في إرسائه أصول النظام المالي بإنشائه - عام 641 م - «الديوان»، لتيسير دفع الرواتب إلى مستحقيها، وبقراره ألا تقسم الأرض المفتوحة على الجند الغائبين، وإبقائها على الملكية العامة للمجتمع الإسلامي، منشئاً بذلك صورة جديدة⁽⁶⁾ للملكية الأرض والانتفاع بها.

(4) حديث: «ولا وصية لوارث» رواه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارمي في كتاب الوصايا، كما رواه ابن حنبل في مسنده عن عمرو بن خارجه بلفظ جاء فيه «إن الله قسم لكل إنسان نصيبه من الميراث فلا تجوز لوارث وصية». المسند: 186/4.

(5) توهم عبارة المؤلف أن السنة جاءت بأحكام جزئية، تعالج مشكلات خاصة، واجهها النبي ﷺ. ومع ذلك فإن المؤلف يشير إلى ثلاثة أحاديث هي أشبه بالقواعد العامة منها بالأحكام الجزئية. ولو نظن للمؤلف إلى هذه الأمثلة من السنة لتردد في الحكم على السنة بأنها وردت لتقديم حلولاً خاصة للمشكلات الطارئة.

(6) انظر في هذا مثلاً كتاب: الحراج لأبي يوسف ص 29 وما بعدها، المطبعة السلفية 1346 هـ. وانظر أيضاً كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام ص 074. والواقع أن عمر لم ينشئ نظاماً جديداً للملكية الأرض بقدر ما كان متبعاً لسنة رسول الله ﷺ، فإنه فتح مكة وغيرها ولم يقسمها بين الجنود، بل تركها لأهلها.

أما إنشاء عمر بن الخطاب للديوان ف يرجع فيه مثلاً إلى الأحكام السلطانية للماوردي ص 199 ط الباي الحلبي 1393 هـ - 1973 م.

ومع ذلك كان تحديد أنماط العلاقات داخل المجتمع الإسلامي الشغل الشاغل لحكومة الخلافة.

وفي هذا كان واجب الخلفاء ومستشاريهم العمل على اطراد تحقيق النصوص القرآنية وتطبيقها في الواقع بنس الروح التي أذكاهم فيها قائدهم الأول [ﷺ]. ويمكن توضيح جهودهم هذه بنماذج نختارها كذلك من موضوع الميراث. ولعله من السهل أن نفهم سبب الأهمية التي اكتسبها هذا الموضوع بعينه من بين الموضوعات التشريعية التي عولجت في المدينة عاصمة الخلافة. لقد عبر التنظيم القرآني الجديد للميراث عن التحول من مجتمع قبلي إلى مجتمع أصبحت الأسرة وحدته الأساسية، واستقر فيه لكثير من الأقارب من غير العصبية حقوق في الميراث. وقد كان هناك نوع من التنازع⁽⁷⁾ غير المحسوس بين هذين النظامين القديم والجديد، مما أدى إلى ظهور كثير من المشكلات، التي كان حلها - في الحقيقة - أمراً صعباً على الصعيد العملي. فقد سبب تدفق غنائم الحروب على بيت المال الانشغال الزائد بهذه الثروات الطارئة المكتسبة، وأدى هذا الانشغال بدوره إلى نشاط قانوني حول انتقال هذه الثروات عند وفاة أصحابها، بغية تمكين الورثة من القيام عليها.

وينسب لعلي بن أبي طالب أنه أفتى بالعول، وهو طروء النقص في الفروض التي خصصها القرآن للورثة عندما تزيد السهام على أصل التركة. ففي المسألة التي اتخذت اسمها - المنبرية - من الملابس التي اكتفتها أجاب على البديهة - حينها قاطعة - وهو يحط على المنبر - سائل سأل عما تأخذه زوجة (فرضها الثمن) من مال زوجها الذي ترك بنتين (فرضها الثلثان) وأباً (فرضه السدس) - قائلاً: يصير ثمن الزوجة تسعاً، ويطراً

(7) ليس في الأمر «تنازع» بين نظام الميراث الذي منه القرآن وما كان عليه العرب في توارثهم قبل الإسلام. فإن العصبية يستحقون نصيباً في التركة بالنص القرآني العام الذي يقرر أن للرجال والنساء من الأقرباء للميت نصيباً في الميراث. (لرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً) للنساء: 7. ويقرر القرآن استحقاق العصبية بغير طريق استحقاق ذوي الفروض فيما أشار إليه من أخذ والذكر - مثل حفظ الأثني عشر عند ذكر ميراث البنات مع الأولاد وعند ذكر ميراث الإخوة مع الأخوات. وإذن فإن القرآن شرع نظاماً كاملاً للميراث تحدد فيه استحقاق العصبية، وأصحاب الفروض، ويختلف في أسسه وتفاصيله عما كان عليه التوارث في الجاهلية، بل ويختلف كذلك عن النظم الحديثة المعمول بها في الغرب الرأسمالي، تلك النظم التي تنطلق من الخضوع لإرادة «المورث»، وتلجج على توزيع تركته وفق ما يراه في وصيته.

النقص⁽⁸⁾ بدوره على الجميع.

ولم يكن الحل في مشكلات أخرى ميسوراً على هذا النحو للقضاة الآخرين؛ فقد أفتى أبو بكر أول الأمر فيمن مات ولم يترك سوى أم أم وأم أب بذهاب التركة جميعها لأم الأم وحدها. ولعل أصله في ذلك أن القرآن لم يخصص للجدّة ميراثاً؛ وأنها - أي الجدّة - إنما ورثت لنيابتها عن الأم، فرأى أن أم الأم أولى بالنيابة من أم الأب. فاعترض عبد الرحمن [بن سهل] على أبي بكر لإعطائه التركة لأم الأم، وهي لو ماتت قبل هذا الميت لم يكن ليرثها، إذ هو ابن بنتها، ولحرماته أم الأب التي كان للميت أن يرثها بالتعصيب لو ماتت قبله، إذ هو ابن ابنها. وفي ذلك خروج على مبدأ المعاملة بالمثل. فرجع أبو بكر عما كان قضى به، وأشرك الجدتين في التركة بالتساوي.

ولعل أكثر النماذج تمثيلاً لحدة الخلاف بين النظامين القديم والجديد في الميراث تلك المسألة المعروفة بالحمايرية، التي اجتمع فيها على إرث المتوفاة: زوج وأم وأخوان لأم وأخوان شقيقان. ولما كان الواجب إعطاء أصحاب الفروض حقهم أولاً فقد قضى عمر بأخذ الزوج النصف والأم السدس والأخوين لأم الثلث. وهكذا استغرق أصحاب الفروض التركة، فلم يبق شيء للأخوين الشقيقين الوارثين بالتعصيب. ولكنهما اعتراضاً بشدة على حرمانها من أخذ شيء من التركة لمزاحة الأخوين لأم، وهما يدلان إلى الميتة بجهة واحدة، على حين يدلي الشقيقان إليها بجهتي الأم والأب، ومن عصبتهما والأولى عبراتها من أخويهما لأم اللذين ليسا كذلك. ولما لم يكن هناك أدنى خلاف حول نصيب كل من الأم والزوج فقد كان من الطبيعي أن تنتهي المسألة إلى انحصار استحقات الثلث الباقي في الشقيقين الوارثين بالتعصيب طبقاً للنظام العرفي القديم، وفي الأخوين اللذين عين التشريع القرآني الجديد فرضهما. ولهذا انتصر عمر

(8) حدثت المسألة المتبرية (زوجة وأبوين وبتين) في خلافة علي بن أبي طالب رضي الله عنه. وأصل المسألة من (24) لاجتماع الثمن مع الثلثين والسدس، فتعول إلى: (27). ولكن هذه المسألة لم تكن أول ما وقع للصحاب من مسائل العول؛ فقد كانت وقعت قبلاً في خلافة عمر بن الخطاب (انظر البسوط للسرخسي 161/29، والحارثي على مختصر سيدي خليل 211/8). فلا عجب إذن أن يجيب علي بن أبي طالب فوراً ما دامت المسألة معروفة من قبل. ولم يكن هناك سبب لدعشة المؤلف المصطنعة من قدرة عليّ على حل المسألة بهذا اليسر. ويلاحظ أن العول سببه تزامم أصحاب الفروض لا العصبية، فكيف يعتبره المؤلف نموذجاً لما أسماه بالتناقض بين أصحاب الفروض أو نظام الميراث القرآني - وبين النظام الجاهلي الذي كان يحصر الاستحقاق في العصبية؟ وينطبق ذلك على مثاله الذي ذكره في التشريك بين الجدتين فإنها من أصحاب الفروض، ولا تنازع بينهم وبين غيرهم على ما أراد المؤلف أن يصوره هنا.

للأخوين لأم وأعطاهما فرض الثلث. وهنا أعاد الأخوان الشقيقتان إثارة المشكلة، على أساس اشتراكهما مع الأخوين الآخرين في ذات العلاقة التي أوجبت لهما فرض الثلث، إذ إنهما يدلان إلى الميتة بالأم أيضاً. فلم يملك عمر إزاء اقتناعه بهذا المنطق إلا أن يعود فيقسم الثلث بالتساوي على جميع الإخوة. وقد أخذت هذه المسألة تسميتها من الطريقة التي بين بها الأخوة الأشقاء حقهم في التسوية بالإخوة لأم، واطراح، كونهم من العصبات. وعبارتهم في هذا: «هب أن أبانا كان حماراً أو حجراً ملقى في اليم، ألسنا من أم واحدة»⁽⁹⁾.

ويظهر من هذا الاستعداد الذي أبداه أبو بكر وعمر للأخذ بحجة الآخرين فيما يعرض من قضاء أن مهمة تفسير التشريعات القرآنية لم تكن امتيازاً لجهة رسمية معينة؛ بل اشترك في ممارستها كل من أهله مواهبه للاضطلاع بها من علماء الصحابة وأتقيائهم، من أمثال زيد بن ثابت الذي كان من كتاب الوحي للنبي ﷺ والذي ارتبط اسمه بالقدرة على حل المعضلات الحسابية في الميراث. وكان من المسلم به أن الخلفاء - وقد قاموا مقام النبي ﷺ - فيما كان له من سلطة سياسية في الأقل، إن لم تكن خلافتهم له ذات صبغة دينية كذلك - على أعلى درجة من الكفاية في القضاء والفصل فيما ينشأ من خلاف. ولكن ليس هناك ما ينفي افتراض قيام غيرهم من كبار الصحابة بالمشاركة في هذا الدور، خاصة وأنه كان من حق المتخصصين في العرف القبلي أن يجتازوا الحكم الذي يفصل بينهم في موضوع النزاع.

لقد كان أمراً طبيعياً أن يكون للخلفاء وحدهم حق تحديد الآراء التي يقضي بها بين الناس، وهو الحق الذي استمدوه من الآية القرآنية: «**أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا**

(9) اختلف علماء الصحابة في هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى التشريك بين الأخوة جميعاً في فريضة الثلث المعنية في القرآن للأخوة لأم. هذا رأي عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وشرع والثوري ومالك والشافعي. وكان عمر ينفي التشريك ثم عاد إليه. ويروي نفي التشريك عن كثير من الصحابة منهم علي وأبو موسى الأشعري وأبي بن كعب، وهو أرجح الروايتين عن ابن مسعود. وإلى هذا ذهب كثير من علماء الأحناف. انظر المبسوط للسرخسي 154/29. وليس الأمر على ما ذكره المؤلف من أن هذه المسألة إنما تصور الخلاف بين أصحاب الفروض والعصبات. فالواقع أن تشريك الأشقاء في الثلث مع الإخوة لأم إنما يرجع إلى تحقيق مناهج الاستحقاق وسببه في الجميع. فالأشقاء مثل الإخوة لأم يدلون إلى الميت عن طريق الأم، فلم يكن هناك سبب لإنكار استحقاقهم. وهذا هو جوهر دواعهم. لقد ذكروا أن القرآن نفسه ينص على استحقاقهم من الثلث للفروض للأخوة لأم. وقد غاب ذلك عن عمر في البداية، وحينما اقتنع بحجبتهم ووضح له اشتراكهم مع الإخوة لأم في سبب الاستحقاق - أشركهم جميعاً في فريضة الثلث. وإنما كان اختلاف الصحابة في هذه المسألة لاختلافهم في تفسير النصوص الشرعية وتطبيقها في الواقع.

الرسول وأولي الأمر منكم^(١٠). ويبدو أن الخلفاء الراشدين قد مارسوا سلطتهم هذه في بعض المواقف فقرروا أحكاماً لم ترد في القرآن، مثل تعيين عقوبة شرب الخمر التي رآها أبو بكر أريعين جلدة، وقدرها عمر وعلي بثمانين. وإنما حدها الأخير بهذا قياساً على عقوبة القذف المنصوص عليها في القرآن. وقضلاً عن ذلك فقد حتمت الظروف مواجهة موضوعات كاملة لم يتعرض لها القرآن قط. ومن هذا النوع قوانين عمر المالية^(١١) التي سلفت الإشارة إليها آنفاً. ومن المؤكد أن هؤلاء الخلفاء قد قاموا بتحديد بعض الجرائم والعقوبات عليها رعاية لمطالبات الأمن العام للمجتمع. ولكن طبيعة نشاطهم التشريعي وحلوه لا تخلو من غموض وإبهام.

وهكذا شهد العهد المدني غوراً فقهاً كبيراً، يقوم في أساسه على مبادئ القرآن التشريعية، بفضل جهود النبي ﷺ وخلفائه الراشدين، في حدود ما تطلبته الوقائع التي واجهها المسلمون في المدينة. وقد نجح المسلمون في التوفيق بين الأوضاع التقليدية لحياتهم السابقة ومتطلبات عقيدتهم الجديدة على النحو الذي تمثله «المسألة الحمارية» التي سبق ذكرها.

(10) السلسلة: 59، وتوفي عبارة المؤلف بأن الخلفاء الراشدين قاموا بدور تشريعي استمد حجته من الأمر القرآني بطاعة «أولي الأمر». ويتبني أن يكون واضحاً أن أولي الأمر أعم من الخلفاء الراشدين، وأحسب أن أحداً من المفسرين لم يقصر هذه العبارة عليهم. فالخلفاء الراشدون - شأنهم إذن شأن غيرهم من أصحاب الولايات - إنما وجبت طاعتهم بشرط امتثالهم لأوامر الله ورسوله. وهذا هو الذي يدل عليه معنى هذه الآية ونصها. ويوضح ابن قيم الجوزية هذا بقوله بعد ذكر الآية كاملة: «فأمر تعالى بطاعته وطاعة رسوله، وأعاد الفعل إعلماً بأن طاعة الرسول تحب استقلالاً من غير عرض ما أمر به على الكتاب... ولم يأمر بطاعة أولي الأمر استقلالاً، بل حلف الفعل، وجعل طاعتهم في ضمن طاعة الرسول إيثاقاً بأنهم إنما يطاعون تبعاً لطاعة الرسول، فمن أمر منهم بطاعة الرسول وجبت طاعته، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة» إعلام الموقعين 48/1. وتصرح الآية نفسها بوجوب رد الأمر إلى الله ورسوله عند التنازع فدل ذلك على أن طاعة أولي الأمر - لا فرق بين الخلفاء الراشدين وغيرهم في هذا - مشروطة بامتثالهم لأوامر الله ورسوله. والآية بعد ذلك كله لا ترجب مزية للخلفاء الراشدين في هذا الأمر.

(11) وضع القرآن أصول النظام المالي للمجتمع الإسلامي. فقد بين وجوب الزكاة، وحدد مصارفها، وأرشد إلى قسم الثناتم، وشرع الجزية والخراج فيما اصطلاح عليه الفقهاء بالقيء متابعة للتعبير القرآني. وحدد أصناف المستحقين لكل هذه الموارد. . انظر مثلاً: الخراج لأبي يوسف والأموال لأبي عبيد. ومن المؤلفات الحديثة التي يتركز تناولها للنظام المالي الإسلامي على النصوص القرآنية كتب الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، بعنوان: «السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية» نشر دار الانصار بالقاهرة 1397 هـ - 1977 م.

وبانتهاه حكم الراشدين تدافعت الأحداث لتفسح الطريق إلى تلك التغييرات العميقة التي أصابت الروح الإسلامية؛ إذ أدت حركة الفتح إلى تزايد الإحساس بقوة السلطة، فأخذت قوة الدين الذاتية وأثر الرسالة الإسلامية المتميز في الضعف والوهن، وعادت قيم الحياة القبلية تؤكد نفسها من جديد. وما أن انتهى معاوية من توطيد مركزه خليفة للمسلمين في سنة 661 م، وأرست دعائم الحكم الأموي حتى تحمل لقبنا الأمستقراطية العربية القديمة بشغف واجب حماية الدولة المترامية الأطراف. ومارس بناء الامبراطورية هؤلاء من عاصمتهم الجديدة في دمشق سلطتهم السياسية باسم الإسلام، ولكن على نحو مخالف تماماً لأسلوب خلفاء المدينة الذين نلدروا أنفسهم خداماً للدين بينما حاول الآخرون التحكم فيه⁽¹²⁾. وهكذا أصبحت دمشق مقراً لجهاز إداري منظم يدير شؤون المناطق المفتوحة وسكانها من العرب الفاتحين وأصحابها الأصليين. وأفضى ذلك إلى تطور تشريعي ذي أبعاد واسعة بحيث يبدو نشاط المدينة الفقهي بالقياس إليه محدوداً تماماً.

والمبدأ الأساسي لسياسة الأمويين الذي فرضته الظروف كان هو الاحتفاظ بالبنية الإدارية القائمة في البلاد المقترحة. وكان هذا هو التدخل الطبيعي الذي تطرقت إليه منه كثير من المفاهيم والنظم التي تمتد بجذورها إلى حضارات أخرى. فجاء الوضع القانوني لاهل الذمة عند الأمويين على غرار وضع الأجانب في الامبراطورية الرومانية الشرقية إلى حد كبير. وبناء على عقد الذمة - تلك الكلمة التي تقابل مصطلح Fides في القانون الروماني - كان على اليهود والنصارى الخاضعين للحكم الأموي أن يدفعوا الجزية مقابل ضمان حمايتهم واحتفاظهم بحق التقاضي حسب قوانينهم المالية المطبقة

(12) هل أخضع الأمويون قواعد الدين حقيقة لأهوائهم السياسية؟ إن المؤلف يتابع هنا التصور السائد بين أغلب الباحثين المسلمين، هذا التصور الذي ينسب الدور الأموي إلى التناقض مع أوامر الدين ومبادئه في السياسة والاجتماع.

ولعل من المثلق عليه أن الأمويين اختلفوا كثيراً مع سياسة التقوى التي كان عليها الراشدون. ومع ذلك فإن بعضهم عن هذه السياسة لم يصل بهم إلى التناقض مع أوامر الدين أو تسخيرها لأهوائهم ومصالحهم السياسية. لقد كان أكثر خلفائهم فقهاء علماء، فمعاوية كان من كتاب الوحي، وكثيراً ما رويت لنا عن مروان مذكرته لكبار فقهاء الصحابة، وعبد الملك المؤسس الثاني للدولة أكمل كثيراً بما كان يبدئه عمر بن الخطاب مثل تنظيم الدواوين، وسك النقود وغير ذلك. أما عمر بن عبد العزيز فسيرته في العدل والتقوى خير شاهد على أن العهد الأموي لم ينسلخ عن عهد الراشدين تماماً، إذ لم تواجه إصلاحاته التي أراد بها الرجوع إلى عهد الراشدين بعقبات كثيرة.

بواسطة حاكمهم الخاصة. وبالرغم من أن أسس معاملة أهل الذمة راجعة إلى ما قبل العهد الأموي فإن التشريعات التفصيلية المتعلقة بذلك هي من عمل الأمويين. وقد اضطلعوا كذلك بتطوير التشريعات المالية التي سنّها عمر، وأحكموا نظامها.

وعما أخذّه الأمويون من الإدارة الرومانية وظيفة «مفتش السوق» *agoronomos*، وهو الموظف الذي اتخذ اسم «عامل السوق» في الاصطلاح العربي، وقد تحدّثت ولايته أول الأمر بشؤون الموازين والمعايير المستخدمة في السوق وفض ما يحدث فيه من نزاع⁽¹³⁾. ثم تطورت هذه الوظيفة فيما بعد إلى وظيفة إسلامية خالصة، هي وظيفة «الحسبة» التي وكل إلى صاحبها أمر الحفاظ على الآداب العامة المرعية والأخلاق الدينية، وأطلق عليه لذلك اسم «المحتسب». لكنه ظل يحتفظ بولايته على التعامل في الأسواق أثراً بقاءً من أصله التاريخي الذي تطورت عنه وظيفته.

وكان طبيعياً أن يؤدي اعتماد الأمويين للجهاز الإداري القائم إلى مزيد من التأثير بالعناصر الأجنبية امتد إلى الجوانب الموضوعية للتشريع⁽¹⁴⁾. وليس من الممكن تحديد أبعاد هذا التأثير على وجه الدقة، نظراً لانعدام المصادر المدونة في هذه الفترة نفسها. ولكن لا بد أن هذا التأثير كان كبيراً⁽¹⁵⁾. فهو لم يقتصر على الأخذ ببعض المصطلحات

(13) هل ترجع هذه الوظيفة حقاً إلى العهد الأموي؟ وهل نقلها الأمويون عن البيزنطيين؟ وهل تختص ولاية عامل السوق بالمعايير المستخدمة في السوق والمنازعات التي تجري بين المتعاملين فيه؟ إن المؤلف يقرر إجاباته على هذه الأسئلة على نحو قاطع، فيفتقر إلى الدليل، ودون أن يذكر مصدره. وقد ظهر أخيراً كتاب أحكام السوق ليجي بن عمر (ت 289 هـ - 981 م) الذي أمدني به مشكوراً الدكتور حسن الشافعي. وتقطع مادة هذا الكتاب الذي نشرته الشركة التونسية للتوزيع والذي أعدّه فرحات الدشراوي - بأن هذه الوظيفة قد بدأت في الظهور أيام عمر بن الخطاب، إذ كان يتولى بنفسه النظر في أحوال السوق وما عليه التعامل فيه. وفي الشمال الأفريقي كان السوالي هو الذي يضطلع بهذه المهمة حتى أوائل القرن الثالث الهجري. وعندما تولى سحنون قضاء القيروان أقام نواباً عنه في البداية لتولي منصب الإشراف على الأسواق ومعاملات الناس فيها. والواقع أن هذه الوظيفة بتطورها وطبيعة اختصاصاتها لا تفرق منذ نشأتها عن وظيفة الحسبة كثيراً. وهي لذلك ذات طابع إسلامي بحت.

(14) الحق أن تعيين القضاة يرجع إلى عهد أقدم من عهد الدولة الأموية. فالتاب أن الرسول ﷺ أرسل كثيراً من القضاة إلى الأقاليم النائية بعد فتح مكة، وانتشار الإسلام إلى مناطق بعيدة عن المدينة. وكذلك أرسل عمر بعض القضاة إلى البلاد المفتوحة، من أشهرهم عبد الله بن مسعود وشريح. وتوهم عبارة المؤلف أن تعيين القضاة إنما يرجع إلى الأمويين.

(15) ألّفت النظر إلى هذا التناقض الذي وقع فيه المؤلف بين ما يذكره عن انعدام مصادر هذه الفترة =

القانونية (مثلاً: مصطلح التدليس انتقل إلى العربية بحروفه ومعناه، فجذرته العربي (دل س) مأخوذ من الكلمة اليونانية البيزنطية *dolos*، والمعنى واحد وهو كتم البائع عيوب السلعة عن المشتري) بل وصل إلى مثل هذا الفرع الهام من فروع قانون الملكية وهو الوقت، أي رصد الأموال على سبيل التبرع والتقرب لغرض ديني، فإن نظامه مستمد إلى حد كبير من نظيره البيزنطي *piae causae*. وعلى ذلك فقد تسلت تدريجياً طوال العهد الأموي بعض قواعد القانون الأجنبي (الفارسي والروماني على السواء) إلى الواقع التشريعي، ومن استطاع الفقه الإسلامي في منتصف القرن الثامن الميلادي استيعاب هذه القواعد حين غابت المعرفة الواعية بأصولها.

وبين حشد الموظفين الذين عيّنهم الإدارة الأموية وجد القاضي الذي كانت وظيفته ذات طابع خاص. وكثيره من هؤلاء الموظفين فإنه ناب عن الوالي في مهمة محددة هي الفصل بين الناس فيما يثور من منازعاتهم، خاصة وأذ كفاءة الأداء في مجال العدالة لم تعد تتناسب والنظام السابق للمحكّمين الوقتيين. غير أن هذه الوظيفة كانت أول الأمر مجرد نوع من العمل لا يحتل مرتبة رئيسية في الجهاز الإداري⁽⁸⁾، بل يتخذ مكانة ثانوية إلى حد كبير وفي هذه المرحلة البكرة نجد أن كلا من رئيس الشرطة وصاحب بيت المال أحياناً ما كان يعمل عمل القاضي. وقد كان القاضي المصري عياض والياً على غازان الحسوب التابعة للدولة سنة 717 م⁽⁹⁾. ويبدو أن عمل القضاة ظل غير منحصر في الجوانب القضائية حتى اقتراب نهاية العصر الأموي. ورغم تبديد جهودهم في أعمال متباينة وعدم بروز شخصيتهم القضائية ومكانتهم المتميزة آنذاك فقد بدأت في الظهور أول آثار إحسانهم بكيانهم المهني. فخير بن نعيم⁽¹⁰⁾ عين كاتباً

= واستتاجه القاطع بغير حجم التأثير. إن هذا الاستنتاج لا يقوم على أي أساس منطقي، ولا يتبع أسلوباً علمياً. وقد كان على المؤلف وهو يزعم هذا الزعم الخطير أن يحدد لنا أدلته التي قادت إلى استنتاجه هذا.

(16) عياض بن عبيد الله الأزدي، ولاء سليمان بن عبد الملك قضاء مصر سنة 99 هـ. وكان عاملاً على الحرى فلما أنه ولاية القضاء قال له أسامة: لا أعزلك عن الحرى للقضاء، أنت عليها جميعاً. الكندي... ولاية مصر وقضاها ص 322. والحرى على ما جاء في القاموس المحيط: بيت كبير يجمع فيه طعام السلطان. ويعارض ذلك استدلال المؤلف على نيابة القاضي عن الوالي، فأمر تعيينه كان إلى الخليفة. ويعني ذلك أن القاضي لم يحتل مرتبة ثانوية في الجهاز الإداري، إذ كان تعيينه وعزله مثل الوالي العام من عمل الخليفة.

(17) خير بن نعيم الحضرمي ولي قضاء مصر في شهر ربيع الآخر سنة عشرين ومائة. الكندي ص 348 وما بعدها. وكانت ولاية خير الثانية سنة ثلاث وثلاثين ومائة. الكندي ص 355 وما بعدها. أخذ =

بعد فترة شغل فيها منصب قاضي مصر. وحين أعيد إلى القضاء ثانية رفض أن يفصل في قضية رفعها الوالي عبد الملك بن مروان⁽¹⁸⁾ إليه، فاستشاط هذا الوالي غضباً، وقال له: كأنك وَجَدْتَ علينا أن عينك كاتباً بعد أن كنت قاضياً. وقد رفض هذا القاضي البقاء في منصبه عندما تدخل الوالي لإطلاق سراح جندي كان قد أمر بسجنه لاستكمال التحقيق معه في قضية قذف⁽¹⁹⁾. وقد شغل خير نفسه وظيفة القاص (أو الواعظ الذي يوجه الناس ويعلمهم أمور دينهم) التي كثيراً ما أسندت إلى القضاة، والتي رأى فيها هذا القاضي الجليل أنها عمل لا يتعارض مع منصبه القضائي.

ومن حيث كان القضاء موظفين يتبعون السلطة السياسية فقد التزموا بطبيعة الحال بما تصدره إليهم هذه السلطة من أوامر وتوجيهات تتعلق أساساً بالجانب الإداري من عملهم. من ذلك ما أصدره معاوية أثناء نهوضه بشؤون مصر عام 657 م من وجوب استيفاء الديات⁽²⁰⁾ والأرض من «صاحب ديوان الرواتب» خصصاً من أعطيات عاقلة الجاني، ليؤخذ منهم في مدى ثلاث سنوات. وهناك أيضاً أمثلة عديدة رويت لنا عن رجوع بعض القضاة إلى الجهات السياسية العليا في مسائل قانونية معينة. ويبدو مع ذلك أن خلفاء الأمويين وولايتهم كانوا يوجه عام قانعين بترك مثل هذه المسائل لقضاةهم. وتتمثل النتيجة الطبيعية لذلك في غلبة طابع الاتساق والوحدة في مجال القانون العام (القانون المالي وأحكام معاملة غير المسلمين) الذي كان موضوعاً للتنظيم من جانب الحكومة المركزية، بينما غلب طابع التنوع والاختلاف في مجال القانون الخاص، مما باعد بين هذين الفرعين من تلك الزاوية.

وهناك سببان أساسيان لهذا الاختلاف. أولهما أن الطبيعة الرئيسية لعمل القضاة

= النفع عن عطاء وريعة وغيرها، قال عنه يزيد بن أبي حبيب وما أدركت من قضاة مصر أحداً أفقه من خير بن نعيم.

(18) عبد الملك بن مروان النصيري، وهذا الرفض يؤكد ما سلف قوله في هامش سابق ص 52 من أن القضاة لم يحتلوا مرتبة ثانوية في الجهاز الإداري.

(19) يذكر الكندي في ذلك أن جندياً قذف رجلاً فخاضه إلى خير، وجاء على ذلك بشاهد واحد، فأمر خير القاضي بجس الجندي إلى أن يأتي صاحب الدعوى بشاهد آخر، فأرسل الوالي من أخرج الجندي من الحبس، فاعتزل خير وجلس في بيته وترك الحكم، فأرسل إليه الوالي يطلب منه العودة إلى عمله فقال: لا حتى ترد الجندي مكانه. الكندي ص 356.

(20) هذا حكم إداري لا قضائي، ولا يدل على تدخل الولاة في عمل القضاة.

كانت هي تطبيق الأعراف⁽²¹⁾ المحلية، وتختلف هذه الأعراف من إقليم إسلامي إلى آخر. فمثلاً بقي أهل المدينة على الولاء للمفاهيم التقليدية للقانون العربي القبلي الذي يجعل خطوات إجراء عقد الزواج حكراً على الرجل من أعضاء الأسرة، حيث لم يكن للمرأة الحق في إجراء عقد زواجها بنفسها، بل كان أمر زواجها إلى وليها وحده. أما الكوفة - وهي في العراق - نشأت أول الأمر لتكون قاعدة عسكرية - فقد امتزجت في محيطها التي يتقلب عليه الطابع الفارسي كثير من الأجاس المختلفة، مما أدى إلى شيوع نظرة إنسانية متفتحة، تبدو إزاءها قيم المجتمع القبلي الضيقة غريبة خائفة. لقد احتلت المرأة عندهم مكاناً أقل تدنياً، وأجيز لها في الزواج أن تباشر العقد بنفسها دون تدخل من وليها⁽²²⁾.

وللسبب الثاني، ورواه اختلاف الواقع التشريعي أيام الأمويين يتمثل في مجرد إطلاق سلطة كل واحد من القضاة في الحكم بما يراه. فلم تبذل الحكومة المركزية جهداً حقيقياً لتوحيد الأحكام القضائية. ولم يكن هناك نظام لترتيب مستويات التقاضي ^{مستوحاة} تتوجه بحاكم عليا، لأحكامها قوة السوابق القضائية الملزمة، مما يمكن أن يؤدي إلى (وحدة هذه الأحكام).

ولا يمكن القول بأن التشريعات القرآنية تقدم أساساً قوياً لتحقيق هذه الوحدة؛ فبالإضافة إلى محدودية هذه التشريعات فإن تطبيقها يعتمد - فيما لو طبقت - على درجة علم القاضي وقواه. ولكن حتى اتقياء القضاة متفاوتون في تأويل النصوص القرآنية، باعتباره أمراً يرجع إلى الاجتهاد الشخصي، والنتيجة أن تطبيق نصوص القرآن - باستثناء القواعد الواضحة والأساسية - غالباً ما يضيف إلى دواعي الخلاف بدل أن يحل منها⁽²³⁾. ومنضرب مثالين من بابي الزواج والطلاق لتوضيح ذلك.

(21) ينقض هذا الزعم ما هو مقرر من اعتماد القاضي على النصوص الشرعية. ويصعب على اللعن أن يصور خضوع القضاة للأعراف المحلية، وإلزامهم لمبادئ الشرع. لقد كان شريح مثلاً من كبار الشخصيات التي ساعدت في تنمية للنظر الفقهي في الكوفة، وكان على درجة عالية من المعرفة بقواعد الشرع ومبادئه. فهل غفل شريح عن كل ذلك، ورضي لنفسه الاحتكام إلى الأعراف السائدة في مجتمع الكوفة. إن الصورة التي يقدمها المؤلف هنا غامضة كل الغموض، وإن لم يكن ذلك نفي كل تأثير للأعراف على قضاء القضاة وأحكامهم.

(22) القرآن حقيقة محال أوجه، ويعتمد تفسير معاني نصوصه على بعض الصفات الذاتية للمفسر، مثل علمه وقواه. ولكن هناك بعض العناصر الموضوعية التي تفرق بين التفسير المقبول والضمير بالرأي أو المعنى المذموم. ويتشتمل هذه العناصر في الإحاطة بسياق النص وسبب نزوله، والاعتماد =

يرجع المثال الأول إلى ما قد يكون عليه النص القرآني من اختلاف في الرواية. فمن بين التقرّات المتباينة التي وجدت في الفترة الياكزة هذه القراءة التي تتناول حقوق المبتوتة أثناء علاتها، وهي كما أثبتت في مصحف عثمان (سورة 65؛ آية 6) يخاطب الأزواج بهذا الحكم: «أسكنوهن من حيث مكتمن من وجدكم» بينما تأمرهم في قراءة ابن مسعود وهو واحد من أبرز الصحابة الذين سكنوا الكوفة بأن: «أسكنوهن من حيث مكتمن... ولئن عليكم الثقة». وهكذا⁽²³⁾ تمتعت المبتوتة عند الكوفيين ألتباع ابن مسعود بالحق في السكنى والثقة، ولكن لم يوافق غيرهم على هذا الرأي، وأوجبوا للمبتوتة الحق في السكنى فقط⁽²⁴⁾.

أما مثالا الثاني فإنه يوضح اختلاف الرأي بين القضاة في الإقليم الواحد حول تحديد المضامين القانونية للأوامر الأخلاقية الواردة في القرآن.

فقد دعت آيتا 236 و 241 من سورة البقرة الأزواج إلى تمتيع مطلقاتهم بالمعروف⁽²⁵⁾. وفي ذلك رأى ابن حجرية⁽²⁶⁾ (قاضي مصر من سنة 638 م إلى سنة 702 م) أن هذه المتعة كما سميت فيها بعد واجبة على الأزواج، وحدد قيمتها بثلاثة دنانير، وتظم دفعها بأن أمر «صاحب الرواتب» أن يقتطعها من مرتب الزوج. ومن جهة أخرى ارتأى توبة بن غير الذي ولي قضاء مصر في فترة لاحقة أن حصّ القرآن على التمتع إنما يخاطب ضمير الزوج، وتخلقه⁽²⁷⁾. وهكذا سكّت توبة ولم يعقب حين رفض زوج

على ما ذكره القرآن في موضوع النص الذي يتناوله المفسر، فإن القرآن يفسر بعضه بعضاً. ومن هذه العناصر الاسترشاد بالنسبة في فهم القرآن، وكذلك معرفة المعنى المعجمي للكلمات والأسلوب العربي في وصف الجمل وتركيبها. وبالاختصار فإن منهج التفسير مشتمل لقواعد موضوعية ضمنت للمفسرين الذين اجتمعت فيهم شروط العلم والتقوى الوصول إلى تحديد لمعاني النصوص القرآنية، بحيث لقي من اتفاق المفسرين أكثر مما لقي من الاختلاف. وهكذا لم يكن النص القرآني مثيراً للخلاف، على ما أراد المؤلف أن يقرره دون دليل، بل كان سبباً لانقواء الفقهاء وتوحيد آرائهم.

(23) لمعرفة الآراء الفقهية المختلفة في الموضوع على نحو مختصر انظر: بداية المجتهد لابن رشد 80/2.

(24) الآية الأولى (236): «ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم يمسواهن أو يفرضاهن» و«متوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين». والآية الثانية (241): «وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين».

(25) عبد الرحمن بن حجرية قاضي مصر من سنة 69 هـ إلى 83 هـ. انظر: الكندي ص 314 وما بعدها.

(26) توبة بن غير الحضرمي... ولي قضاء مصر مستهل صفر سنة 115 هـ. انظر: الكندي ص 342 وما =

سؤال توبة إياه أن يمتع مطلقته؛ فإنه لا يراها واجبة على الزوج من الناحية القانونية. غير أن هذا الزوج نفسه حين جاء شاهداً أمام توبة في قضية لاحقة لم يقل هذا القاضي شهادته، على أساس أنه برفضه دفع المتعة أي أن يكون من اللعين المتقين⁽²⁷⁾. وقد عادت المتعة على يد خير بن نعيم الذي خلف توبة إلى الوجوب القانوني الصريح مرة أخرى.

ويقدم الكندي صورة معبرة عن جهود القضاة الأمويين المتأخرين عند ترجمته لولاية توبة بن غير منصب القضاة في مصر (733 - 737 م). إنها صورة موظف كثير الأعباء (حتى لقد آلى على زوجته ألا تذكره في شأن يتصل بالقضاة في ساعات فراغه⁽²⁸⁾) يواجه عدداً كبيراً من القضايا المختلفة مجالاتها، ثم لا يسعه في بحثها للوصول إلى حكم فيها سوى اجتهد يسترشد بالإحساس العام والمواضعات المألوفة فحسب. إن قاعدة الإثبات القانوني العامة وجود شاهدين، ومع ذلك كان توبة يقبل الحكم في الأمور اليسيرة بشاهد واحد مع يمين المدعي على صلق دعواه⁽²⁹⁾، كما رفض شهادة هؤلاء الذين تأكد له عدم حيادهم لوجود عداوة قبلية بينهم وبين بعض أطراف الدعوى⁽³⁰⁾. ورفض كذلك شهادة هؤلاء الذين رأى في سلوكهم اعوجاجاً من الناحية الخلقية، مثل هذا الزوج الذي ذكرنا آنفاً أنه رفض دفع متعة مطلقته.

= بعدها. ورواية الكندي: أن رجلاً وامرأته اختصما عنده فظلفها. فقال له توبة: متعها. فقال: لا أفعل، فسكت عنه، لأنه لم يره لازماً له. فأثله الرجل الذي طلق امرأته في شهادة، فقال له توبة: لست قابلاً لشهادتك. قال: ولم؟ قال: إنك آبيت أن تكون من اللعين وآبيت أن تكون من المتقين ولم يقل له شهادة. ص 344 ولاة مصر وقضاها للكندي.

(27) إشارة إلى فاصلتي آيتي سورة البقرة المذكورتين فيما سبق.

(28) انظر الكندي ص 343. والذي يرويه أن توبة لما ولى القضاة دعا امرأته عفيرة، فقال: يا أم محمد، أي صاحب كنت لك؟ قالت خير صاحب وأكرمه. قال فاسمعي: لا تعرضن لي في شيء من القضاء، ولا تذكرني بخصم، ولا تسألني عن حكومة، فإن فعلت شيئاً من هذا فأنت طالق. فلما أن تقيمي مكربة، وإما أن تنهيني نعيمة. . وفي رواية أنها كانت وتري حواته قد احتاجت إلى الله فلا تأمرها أن تمد خروفاً من أن يدخل عليه في يمينه شيء. .

(29) أثبتت مسألة القضاء بشاهد ويمين فقهاء قبل توبة، انظر: بداية المجتهد 428/2. وفي الكندي: وكان توبة يقضي بيمين صاحب الحق مع شاهده في الشيء اليسير. ص 344.

(30) رد الشهادة لموضع التهمة مسألة أثبتت فقهاء قبل توبة، انظر مثلاً: فتح القدير لابن الهمام 7/7 وابن رشد 425/2 والكندي ص 346. وربما يستجيب المؤلف هذا التوبة بما يرويه للفضل بن فضالة، يقول: «كان توبة لا يقبل شهادة الأشراف ولا شهادة مضري على يميني ولا يميني على مضري» وقد استمرت العداوة بين اللعين والمضريين إلى ما بعد وفاة توبة بكثير.

على أن غيالب لأي نوع من الجمود في التشريع أتاح لتوبة أن يتعامل مع كل قضية حسب ظروفها الخاصة؛ فحين طلب المدعون السماح لهم ببيع مكاتب (وهو عبد لهم كان قد تعاقد على شراء حريته نظير مبلغ يؤديه منتجاً) على أساس أن هذا العبد قد تأخر في سداد دين مكانته في مواعيده. أراد توبة أن يمنحه مهلة سنة ليسدد ما تأخر عن سداقه، ولم يأذن للمدعين ببيعه إلا عندما أعرب المكاتب نفسه عن شكه في قدرته على الدفع مستقبلاً، وبين أن نفسه راضية بأن يباع حالاً⁽³¹⁾. ويمثل هذا الرأي الحر استبعاد توبة قضية رفعها إليه بعض النخاسين لفسخ مبيعة عبيد، بحجة أن البائعين كانوا العيوب الموجودة فيهم. وقوله للمدعين: «إن بعتكم سكتكم على العيب، وإن كان في أيديكم أردتم رده على صاحبه، فأنتم كثيركم»⁽³²⁾. ويفصح هذا الحكم الأخير عن المبادئ التي لم تعايش ما صار إليه القانون من منهجية واتساق فيما بعده، وإن كانت تتشابه إلى حد كبير مع بعض مفاهيم العدالة التي استحدثها القانون الإنجليزي في أواخر العصور الوسطى. وهنا يمكن القول من وجهة النظر المقارنة يتفوق العدالة الإسلامية⁽³³⁾ على القانون الإسلامي.

(31) هذه مسألة اتفاق المكاتب وميله على التمييز، وقد أثبتت فقهاء كذلك قبل توبة. انظر مثلاً: بعلية للجهاد 346، 347. وعبرة الكنتي في هذا: «نقض توبة في مكاتب ملك سيده، وقد أقام على ذلك حيناً لم يجد شيئاً، ثم إن ورتة الرجل أرادوا بيعه، فلما رفع أمره إلى توبة قال: تؤخره من على أن توتي مكاتبك، فقال: أرايت إن أدبت هذه السنة ثم عجزت؟ قال: إذن أبيعك. قال: فبعتي كيف شئت الساعة، فرده إلى الرق وأمر ببيعه» ص 344.

(32) الكنتي ص 344. «في كل هذه المسائل يعتقد المؤلف أن النظر الفقهي لم يقدم للمفاضي الأحكام التي يقتضيها، فلم يكن أمامه إلا أن يعتمد على نفسه، مما زاد من إزهاقه. ومن الصعب تصور سلبية الفقهاء على هذا النحو في القرن الثاني الهجري الذي قطعت فيه أبحاثهم شوطاً بعيداً في التفتيم. وبالرجوع إلى كتب الفقه وجدنا أن كل هذه المسائل قد أثارها الفقهاء وتناقشوا فيها طويلاً، فمهدوا بذلك إلى أخذ القضاة بما رأه فيها الفقهاء. والحق أن المؤلف لا يدين في استنتاجه، ولا يعني بالاستدلال عليها، بل بسوقها وكأنها مسلمات. ومن الصعب تبرير ذلك له إلا بتجاهل نتيجته.

(33) لا نزاع في أنه معيار العدل واحد من أهم المعايير التي اعتمد عليها الفقهاء في الوصول إلى الحكم الشرعي، سواء قبل صياغة الشافعي نظريته الأصولية أو بعدها. ويستمد هذا المعيار تأييده من نصوص الشرع الداعية إلى العمل وفق مقتضيات العدل في الحكم بين الناس. ونصوص القرآن في هذا كثيرة، منها: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَعْلِيهَا إِنْ فَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعْمَ بِعَظِيمٍ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً» (النساء: 58). وفي السورة نفسها (آية: 135) يقول الله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ

غير أن جهود ثوبه لم تقتصر على قس المخاصمات وإنفاذها. فإنه أنشأ سنة 736 م ديواناً للأوقاف، وهي الأموال المرسدة على سبيل التبرع لغرض ديني. وقبل ذلك كانت إدارة هذه الأموال حكراً على المستفيدين بها، أو المثلثين عليها، دون إشراف عام. ويقال في هذا: «وما أرى مرجع هذه الصدقات إلا إلى الفقراء والمساكين فأرى أنه أضع يدي عليها حفظاً لها عن الضياع والتراثر»⁽³⁴⁾. وينطوي تفككه لتحمل عبءه المسؤولية - بلا شك - على الإشارة إلى ارتفاع أهمية منصب القاضي، هذا المنصب الذي أخذ صاحبه في الترتي من دورته الصغير والثاني، باعتباره تلياً لحاكم الإقليم وغالباً عنه في تصرف الشؤون القضائية، ليكتسب بالتدريج مكانته العالية في السلم الوطني للدولة.

وقد ابتعد القضاة في آخر العهد الأموي كثيراً عما كان عليه: وضعهم الأول الذي تمثل في كونهم محكمين رسميين. فإنهم - وقد صاروا نوعاً أساسياً من فروع الجهاز الإداري - لم يعيّنوا عقليدين بأحكام القانون العربي، بل أصبحت أحكامهم وقراراتهم هي التي تبين على هذا القانون، وتعمل على إخضاعه المنظور مجتمعهم المتغيرة. والمثال الكاشف لهذا الجانب من عملهم - ولو أنه لم يقع إلا بعد انتهاء العهد الأموي - بقليل - يمكن استمداده من الحكم الذي أصدره أبو خزيمة⁽³⁵⁾: «قاضي مصر من سنة

= أنفسكم أو الولدلين والأقرين إن يكن غنياً أو فقيراً فله أول بها فلا يجبروا الهوى أن يمدلوا، وإن تلوا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً». ومن المؤكد أن صياغة المذبح الأصولي لم تلمس العمل بمبدأ العدالة بقدر ما حددت طريق إعماله، وضمت تحقيقه. إن المؤلف يريد إقامة نوع من التقابل بين تطور التشريع الإسلامي قبل صياغة الشافعي نظريته الأصولية وبعدها. والواقع أن هذه النظرية لم تكن جديدة من كل وجوها بقدر ما كانت تغييراً عن أساليب النظر الفقهي المتبعة في القرنين الأول والثاني الهجريين. فقد عرف الفقهاء القياس وعبروا عن عملهم به، وكذا التزموا بالسنة وطبقوا أحكامها. وهكذا كانت العدالة جزءاً من القانون الإسلامي، وغاية له، وأساساً يعتمد عليه بدعوة النصوص الشرعية إلى التزامها في الحكم بين الناس، لا أنها كانت أمراً خارجاً عنه.

(34) انظر الكندي ص 347.

(35) أبو خزيمة إبراهيم بن يزيد الرضوي، ولي قضاء مصر سنة 144 هـ. ويروي الكندي أن عبد الأعلى بن سعيد الجيشاني تزوج امرأة من بني عبد كلال فقام بعض أوليائها في ذلك وأنكره، وترافعوا إلى أبي خزيمة، فقال: ما أحل ما حرم الله ولا أحرم ما أحله الله، إذا زوجها ولي النكاح ماض. فارتفعوا إلى يزيد بن حاتم، وهو الأمير يومئذ، فقال يزيد: ليس عبد الأعلى من أكفائها، وأمر أبا خزيمة بفسخ نكاحها، فامتنع أبو خزيمة من ذلك وفرق بينهما يزيد بن حاتم. ص 367.

761 إلى 769 م) في دعوى أقامها بعض أبناء قبيلة بني عبد كلال، وهم أولياء فتاة أنكحها عنها دون موافقتهم. وكان طلبهم فسخ الزواج، على أساس أن الزوج يتسب إلى قبيلة أدنى من قبيلتهم، ولهذا ليس كفناً للزوجة. ومع أن انعدام الكفاءة بين الزوجين كان أساساً معترفاً به لإبطال الزواج وفسخه فإن أبا خزيمه رفض الامتثال لطلب أصحاب الدعوى، وكان قوله لهم: «إذا زوجها ولي فالنكاح ماض»⁽³⁶⁾. وهكذا وسد الحق في الولاية على الزواج - الذي كانت تمارسه القبيلة بأسرها في القانون العرفي القديم - إلى أقرب عاصب ذكر، وهو في هذه القضية عم الزوجة الذي تنازل عن حقه في الكفاءة حين وافق على الزواج. ويعني هذا الحكم فيها يعني أن الأسرة قد حلت محل القبيلة، وأصبحت (الأسرة) الوحدة الأساسية للمجتمع.

وهكذا خضعت المادة الأساسية للقانون العرفي المحلي أثناء العهد الأموي إلى التغيير، لتتناسب مع التشريع القرآني، ممزوجة (هذه المادة) بسنن الأمويين الإدارية، ومشتربة بعض عناصر النظم القانونية الأجنبية. وهكذا تم التطور في هذه الفترة على نحو انتقائي؛ فإن مزج هذه المواد المتباعدة الأصول والمتنافرة تم بدون خطة، وعلى نحو عرضي، لا يخضع إلا لما يصل إليه كل قاض من القضاة باجتهاده. وفي ثانياً هذا الحشد المتناثر لتسيج العمل القانوني - الذي أسهم فيه عدد من الجهات الإدارية مثل الشرطة وعمال السوق بالإضافة إلى القضاة - أو شك العنصر الديني أو القرآني بخاصة أن يبعد عن بؤرة الاهتمام.

ولا شك في أن السلطات قد عبرت عن حرصها على تطبيق الأحكام القرآنية؛ فقد روي لنا مثلاً أن يونس بن عطية⁽³⁷⁾ إنما عين قاضياً لمصر (سنة 704) بفضل الأثر الطيب الذي تركه في نفس والي، حين دعاه مع مجموعة من العلماء إلى مجلس للنظر في مسألة الحقوق الشرعية للمطلقة أثناء عدتها. غير أن هذا الاهتمام الشديد الذي حظيت به التشريعات القرآنية في العهد المدني قد آل أمره في عهد الأمويين إلى الضعف والانحسار في غمار هذا الحشد من المواد القانونية التي تجاذبت اهتمامهم.

إنها لمجتمعات قليلة في التاريخ تلك التي كانت ميداناً لمثل هذه التغيرات

(36) السابق ص 367.

(37) إشارة إلى ما يذكره الكندي: «كتب عبد الملك بن مروان إلى عبد العزيز بن مروان يعلمه أن أهل الشام اختلقوا عليه في نفقة المبتوتة، فكتب إلي بما عند أهل مصر فيه. فجمع الأشياخ إلى عبد العزيز؛ وكان يونس في أخرياتهم، فقال له عبد العزيز: تكلم، فتكلم فأعجب به عبد العزيز، فسألم عنه، فقالوا: هذا من سادات حضرموت، فولاه القضاء الكندي ص 323.

المفاجئة دون أن تكون مهيئة لاستيعابها والتعامل معها، كما هو حال المجتمع العربي الإسلامي حينذاك. غير أن ما حققه الواقع التشريعي للأمويين من التنسيق الدقيق بين مصادر التأثير المتنوعة في العمل الفقهي كان إنجازاً حقيقياً. وتحت ضغط الأحداث تدافعت المشكلات وتحددت أمام النظر المنهجي بسرعة بالغة. وكان من الضروري أن تركز حلول هذه المشكلات على المتطلبات الملحة للواقع العملي. لقد كان الدور الذي اضطلع به الأمويون هو إنشاء نظام عملي لإجراء القانون وتحقيق العدالة، لا إقامة علم نظري فقهي، وفي حدود هذا الدور دان لهم النجاح⁽³⁸⁾.

(38) لعل من المفيد إجمال ما ذكره المؤلف في هذا الفصل، الذي تناول فيه تطور التشريع في فترة النبوة والخلافة الراشدة والحكم الأموي.

ورأيه أنه من الضروري أن يكون النبي ﷺ قد تصدى لعلاج كثير من المشكلات التي واجهها المجتمع الإسلامي في هذه الفترة. وهذا هو الأساس المنطقي الذي يبنى عليه إيمانه بوجود قدر صحيح من السنة النبوية. أما عن التطور الفقهي في عهد الخلفاء الراشدين فهو يعتقد أن هؤلاء الخلفاء قد عملوا بالروح التي أدكأها فيهم النبي ﷺ لإخضاع العرف وعوائد الناس لمقررات الإسلام ومبادئه.

أما الأمويون فقد اتسخوا في رأيه عن مسيرة السابقين عليهم، ولم يتابعوا خطة أسلافهم في إخضاع الأعراف والعوائد لمبادئ الإسلام وخلقه، بل تأثروا بهذه الأعراف، وأدخلوا أنظمة إدارية وقانونية عن الحضارات السابقة، مثل حضارة الفرس والروم. وهكذا يعتقد بتتبع مصادر العمل التشريعي في هذه الفترة. فهناك مبادئ القرآن وأخلاقه مضافاً إليها عوائد الناس في الأقاليم الإسلامية مزوجة بعناصر أجنبية.

وفي رأيه أن العمل التشريعي في هذه الفترة قد استفاد بكل هذه الجوانب. وليس هذا فحسب بل إنه مجرد مزيج منها كلها، بحيث تختلط هذه العناصر دون خطة ولا منهج. وعنده أن القضية هم الذين قاموا بهذا المزج دون أن يساعدهم الفقهاء أو يقدموا لهم أية معاون.

والواقع أن الصورة التي يرسمها المؤلف عن التطور التشريعي في فترة الأمويين ناقصة وغير كاملة. فلم يكن القضاء وحدهم في الميدان، بل كان الفقهاء إلى جوارهم يسهمون بجهودهم في الفتوى ويعقدون حلقات لدراساتها، وتعرض عليهم المشكلات ليجدوا في حلها. ومن ذلك وصل الفقهاء ومنذ فترة مبكرة إلى عناصر منهج اعتمدوا عليه في تفكيرهم فيما يطرأ لهم من مشكلات. فقد عرف الصحابة والتابعون القياس وتكلموا في العلل، وحددوا مكانة السنة بالنسبة للقرآن. . وعله هي البذور التي أنماها الشافعي ووضعه موضع تأمله الشامل الكلّي. وعلى أساس من هذا المنهج قام الفقهاء بعرض ضروب التعامل والتصرفات الموجودة في مجتمعاتهم للحكم عليها إسلامياً. وكان القضية من هؤلاء الفقهاء، فلا عجب إذن أن يكون العمل الفقهي والقضائي على قدر كبير من التوافق وتبادل التأثير في مراجعة الأعراف السائدة والحكم عليها من وجهة النظر المسلمة.

الفصل الثالث

نشأة أصول الفقه والمدارس الفقهية الباكسة

المجتمعات - كأصحاب المناجر - لها أوقات لمراجعة ما لديها، وخاصة حينما يتناقل إيقاع الأحداث، لبتيح الفرصة لالتقاط الأنفاس، وللمراجعة الوضع الراهن في ضوء المقاصد والغايات الأساسية. وقد أتى هذا الوقت على المجتمع الإسلامي في العقود الأولى للقرن الثاني الهجري (من سنة 720 م وما بعدها). وقد أظهر القائمون على هذه المراجعة اتجاهاً مفرطاً في النقد فغالوا في قيمة الخسائر وقللوا من قيمة المكاسب ليصلوا في النهاية إلى وجود عجز محزن في الموازنة.

ومن الناحية السياسية أسفرت هذه المراجعة عن وجود موجة عداء بالغة تجاه النظام الحكومي القائم. وأصبح الأمويون موضع السخط العام باعتبارهم حكاماً غاب عنهم جوهر المبادئ الدينية في غمرة تعطشهم للسلطة الدنيوية. وغلب هذا السخط على الفرس وغيرهم - من الداخلين في الإسلام المعروفين بالموالي - من مظاهر التمييز العنصري للسيطرة العربية، ليستغل أولئك الطامعون إلى اغتصاب السلطة لأنفسهم. وقد تطلع الضمير الإسلامي القلق بحثاً عن خلاصه إلى العودة إلى سياسة التقوى والصالح التي جرى عليها خلفاء المدينة، الذين صار ينظر إليهم - في مقابلة من جاء بعدهم من الخلفاء - على أنهم هم الراشدون.

أما من الناحية القانونية فقد أسلمت هذه المراجعة أيضاً إلى الاعتقاد بإخفاق المحاكم الأموية في أن تتمثل على نحو دقيق جوهر قواعد التشريع الإسلامي، كما هي مبينة في القرآن [الكريم]. وأخذ العلماء الأتقياء يجهرون بأرائهم في معايير السلوك التي

يمكن أن تعبر عن التطبيق الصحيح للأخلاق الدينية الإسلامية. وقد التقت حول هذا الهدف جماعات من العلماء تحلقت في مجالس علمية أفضت إلى نشوء المدارس الفقهية الأولى في العقود الأخيرة للعهد الأموي.

وقد كان طبيعياً أن يتوحد هذان التياران - السيامي والقانوني - المجتمعان على نقد الأمويين ومعاداتهم، حينما ذهبت دولتهم أخيراً. وجاء العباسيون إلى الحكم سنة 750 م، فبرز دور الفقهاء باعتبارهم القائمين على التخطيط للدولة والمجتمع الإسلاميين المنشودين وبنائهما، وهو الهدف الذي نذر العباسيون أنفسهم لتحقيقه. وفي ظل هذه الرعاية السياسية تطورت بخطى سريعة المدارس الفقهية.

وهكذا لم يبدأ الفقه الإسلامي من منطلق التحليل العلمي لعمل المحاكم القائمة، على أساس القبول بحجية ما أصدرته من أحكام، بقدر ما انطلق من الرغبة في إنشاء بناء قانوني يخالف لهذا العمل. لقد كان الفقهاء الأول رجال دين أكثر منهم رجال قانون، فكاد ينحصر عملهم في استخلاص أحكام العبادات والشعائر الدينية، كما كان اهتمامهم بالعلاقات القانونية - في معناها الفني الدقيق - تطوراً لاحقاً، استمد أهم دوافعه من الخلط السياسية التي روج لها العباسيون، ولذا اصطفي تناولهم التشريعي في أساسه بالصيغة المثالية الدينية. ومن ثم تعارضت جهودهم ذات الطابع النظري البحث مع الطابع العملي للأمويين على نحو واضح⁽¹⁾. وأذن هذا بداية لتحول جديد.

وهكذا أدت الظروف التاريخية إلى التمايز بين الفكر النظري للفقهاء والعمل القانوني للمحاكم. غير أن العباسيين الأول قد استطاعوا أن يحققوا قدراً كبيراً من

(1) من هنا يستنتج المؤلف نتيجة من شقين:

أولها: أن نشأة المذاهب الفقهية الأولى كانت بتأثير اجتماع العلماء على نقد الممارسات التشريعية للأمويين.

ثانيها: تناقض فكر الفقهاء النظري مع الطابع العملي للتشريع أيام الأمويين. ويعتقد المؤلف أن الفجوة قد اتسعت بين الجانبين النظري والعملي فيما بعد. ويحتل ما يسميه المؤلف بالتناقض بين الجانبين النظري والعملي في تاريخ التشريع الإسلامي مكانة أساسية في تصوره لتاريخ هذا التشريع، حتى أنه يخصص فصلاً أساسياً في كتابه Conflicts and Tensions in the Muslim Jurisprudence لتناول هذه الظاهرة.

والواقع أن المؤلف هنا لا يكلف نفسه عناء إيراد أي دليل على ما يقرره. إنه يضع نتائجه وكأنها مسلمة لا تحتاج إلى استدلال يؤيدها. وهكذا يمكن رفضها بنفس البسر الذي قبلها به المؤلف.

التوفيق بين هذين الجانبين؛ إذ قاموا بتعيين فقهاء يمثلون المذاهب القائمة في الهيئة القضائية، كما نصبوا بعضاً آخر منهم مستشارين قانونيين للدولة. فمثلاً شغل أبو يوسف (وهو الفقيه البارز المتوفى سنة 799 م) كلا من هذين المنصبين؛ فعينه الخليفة هارون الرشيد (786 - 809 م) قاضي قضائه، وألف بناء على طلبه رسالة في القانون المالي والعقابي⁽²⁾. ثم اتسعت الفجوة فيما بعد بين النظر والعمل حتى غدت السمة الأساسية لتاريخ التشريع الإسلامي. وسنقتصر في هذا الفصل على تناول الجانب النظري وتطوره في المذاهب الفقهية الأولى⁽³⁾.

لقد ازدهرت مدارس فقهية كثيرة في الأمصار الإسلامية المختلفة لذلك الوقت، برز من بينها مدرستا المدينة والكوفة، اللتان عاشتا مدة أطول، وحظيتا باهتمام أوسع. ولذا سينحصر اهتمامنا هنا بصفة خاصة في هاتين المدرستين. مع أن الفكر الفقهي في الكوفة كان على نحو عام أكثر تقدماً منه في المدينة. ولعل مرد ذلك إلى أن الكوفة كانت هي المدرسة التي نالت الرعاية الرسمية للعباسيين - فإن المنهج الأساسي وخطوط التطور المنفردة عن هذا المنهج كانت موضع اتفاق بين هاتين المدرستين.

وكان منطلق العمل في هاتين المدرستين هو مراجعة المعاملات السائدة في مجتمعاتهم على المستويين القانوني والواقعي في ضوء مبادئ السلوك المتضمنة في القرآن. وبهذا المعيار أخذوا ينظرون في أنظمة المجتمع ليرفضوا منها ما قصر عنه وليقبلوا ما وافقه. يوضحه أنه كان هناك أسلوب لدفع رواتب الجند في العصر

(2) يقصد كتاب يوسف أبي الموسم بالحراج. وأكثر هذا الكتاب في الموارد المختلفة للدولة (الزكاة والجزية والحراج والغنائم) وأوجه التصرف فيها. وقد أراد أبو يوسف في بحثه هذه إصلاح مالية الدولة بحيث تتحقق العدالة وتنتهي صور الظلم التي كانت تمارس في عهده. وكذلك خصص أبو يوسف في كتابه هذا بعض الأبحاث التي تتناول صور التعامل مع غير المسلمين. فتناول في هذا أحكام المرتدين، وحقوق أهل الذمة وواجباتهم، كما تناول كذلك بعض الجرائم العامة، وما يحق للدولة أن تعامل به مرتكبي هذه الجرائم، فمثلاً تحدث عن جريمة الخرابة، وإساءة الموظف استخدام سلطاته في غل بعض أموال الدولة أو الاعتداء على هذه الأموال. والحق أن هذا الكتاب على قدر كبير من الأهمية في تطور التأليف الفقهي.

(3) يفرق الاصطلاح العربي في هذا السياق بين كلمة مدرسة وملعب. فالأولى تختص بمدارس الأمصار التي نشأت في القرن الأول الهجري. أما المذاهب الفقهية مثل الحنفي والمالكي فإلما نشأت في القرن الثاني الهجري. والمؤلف يطلق على المدرسة والملعب لفظاً واحداً وهو كلمة School دون أن يبين ما يقصده بوضوح أحياناً. ويعني بالمذاهب الفقهية الأولى أو الباقية مذهبي الأحناف والمالكية.

الأموي بإصدار صكوك خاصة تتبع لحاملها تسلم قدر معين من التلّال من مخازن الحكومة بعد الحصاد. ولكن لم يوافق الفقهاء على ما آل إليه الأمر من تباع النّس لهذه الصكوك، هذا التّباع الذي جرّته الرغبة في الربح بسبب اختلاف أسعار هذه التلّال على مدار السنة صعوداً وانخفاضاً. وقد رأى الفقهاء أن هذا التّعامل مما يقع تحت التحريم العام للربا في القرآن، بحكم ما انتهى إليه الفكر الفقهي من الربط بين تحريم القرآن للمقاربة وتحريمه للربا ليعطي الأخير مفهوماً أوسع بكثير من الربا البسيط أو الفائدة على المال المقرض، فأصبح الربا يفسر على نحو يشمل كل فائدة أو كسب لا يتحقق إلا بمحض الصدقة، أو يحتوي من الجهالة والغرر الفاحش على ما لا يتّبع لأي من طرفي التعاقد أن يقرر موقفه بوضوح عند العقد. ومن ثم صيغت القاعدة القانونية المانعة لهذا النوع من التّعامل في الصكوك التي كانت تصرف للجنود، وهي أنه لا يجوز لمشتري الطعام أن يبيعه قبل قبضه. وعلى حين ينحصر هذا اللّح في مواد الطعام وحدها عند أهل المدينة توسع فيه الكوفيون ليشمل كل البضائع المتقولة⁽⁴⁾.

وهناك بعض العقود العرفية التي فحصها الفقهاء وأجازوها. ومن أسهلها عقد العرية الذي هو بيع الثمر على النخل قبل بدو صلاحه بقيمة المقررة ثمراً. ورغم أن هناك قدراً من الغرر والجهالة في مثل هذا النوع من التعاقد⁽⁵⁾ فإنّه لم يصل إلى الحد

(4) من الواضح أن هناك خطأ كبيراً في تصوير مسألة الصكوك التي يعرضها للتوقف باعتبارها مثلاً على مراجعة الفقهاء للتصرفات والعمليات التي كانت سائدة في العصر الأموي. والحقيقة أن هذه المسألة قد حدثت أيام الأمويين، ولكن فقهاء الصحابة لم يتأخروا عن مواجهة الأمويين فيها، وأبأنوا لهم وجه الحق حتى منعوا الناس من التصرف في هذه الصكوك. هي للملّا عن ملك: وأن صكوكاً خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من الطعام الجاري السكك تباع للناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي ﷺ على مروان بن الحكم، فقالا: أئتمل بيع الربا يا مروان؟ فقال: أعوذ بالله، وما ذلك؟ فقالا: هذه الصكوك تباعها الناس، ثم باعوها قبل أن يستوفوها، فبعث مروان بن الحكم لفرس يبعونها، يزوعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها. تنوير الحوالك 141/2. وهكذا لم تكتف مراجعة هذه المسألة إلى وقت تكوين المدارس الفقهية أو نشأة المذاهب في القرن الثاني، بل تمت عقب نشأة التّعامل بالصكوك.

وهناك أمر آخر وهو أن تحريم بيع الطعام قبل قبضه قد وردت فيه عدة أحاديث ومنها كتب السنة المعتمدة جميعها، فتحريم تباع الصكوك قبل استيفائها كان بسبب هذه الأحاديث، ولم تكن رقة الفقهاء في تحريم بيع الصكوك هي التي أسلمتهم إلى صياغة قاعدة تحريم بيع الطعام قبل قبضه. ومن الممكن القول بأن الصورة التي قدمها المؤلف هنا خيالية تماماً ولا ترجع إلا إلى ذهنه.

(5) النبي ﷺ هو الذي أُرخص في بيع العرايا بخرصها من الثمر. تنوير الحوالك 140/2.

الذي أوجب اعتراض الفقهاء عليه واعتبارهم إياه من الربا.

ومن هذه المراجعة والتبصير التفصيلي للمعاملات السائلة تمت تدريجياً بنية الفقه الإسلامي في المدارس الأولى. وقد بدأ ذلك أول الأمر في صورة الرأي والاجتهاد الشخصي لكل فقيه، ليستقر بمرور الوقت على دعائم أكثر رسوخاً وإلزاماً. إذ كان طبعياً أن يتفق الفقهاء في مصر من الأمصار في الرأي وأن تتكاثر اتفاقاتهم ليظهر ما عرف «بالإجماع» بين أعضاء المدرسة الواحدة. وحين ثبت الإجماع واستقر بمرور السنين ظهرت «مسة المدرسة». وقد أريد بالسة - ومعناها لغوياً: الطريق البين والسلوك - أول الأمر العمل الواقع المتعارف عليه، سواء رجع إلى عرف القبائل العربية قبل الإسلام، أو إلى مجتمع المسلمين في القرن السابع. ولكن تطور هذا المعنى لدى فقهاء القرن الثامن الميلادي [الثاني الهجري] ليتضمن مدلولاً جليداً؛ فأصبحت السنة⁽⁶⁾ عندهم هي مجموعة الآراء والأصول المتعارف عليها في كل مذهب، والتي يعمل رجال المذهب على عرضها ونصرتها. ومن الواضح أنها بطبيعتها هذه لا تتوافق مطلقاً مع السنة التي جرى عليها العمل في المحاكم الأموية.

وفى يتعلق بتطور المنهج الفقهي في الفترة الأولى لحكم العباسيين ظهر اتجاهان أساسيان، أولهما: هذا الاتجاه الذي حاول أصحابه - في سعيهم لإضفاء التناسق والترابط على النظر الفقهي - أن ينظموا الاجتهاد ليصبح أكثر منهجية، ليؤدي ذلك بالتدريج إلى أن يفسح الرأي العفوي مكاناً للقياس. ومن بين الأمثلة الباركة لاستخدام القياس - وإن كان من الطبيعي أن تتسم بالبساطة إلى حد كبير - تقدير الحد الأدنى للمهر الذي يدفعه الزوج بعشرة دراهم عند الكوفيين وثلاثة عند أهل المدينة. وما فعلوه أنهم قلسوا فقدان البكورة في الزواج على قطع اليد في السرقة⁽⁷⁾؛ إذ من

(6) لا شك في أن المعنى الأساسي للسنة هو: ما صدر عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير. أما هذه المعاني الملمشية الأخرى التي ينسبها المؤلف لفقهاء القرن الثاني الهجري ويعتبرها متعدياً للسنة عندهم فلم تعد أن تكون استعمالاً للسنة بمعنى أوسع بكثير من مفهومها الاصطلاحي والأساسي. وحينما يطلق فقهاء القرن الأول والثاني الهجريين كلمة السنة فإنما يمتنون بها هذا المعنى الأساسي، أما حينما يريدون غيره فإنما يقيدونها بما يدل على ما يريدون، فقد يقولون مثلاً سنة الكوفة أو سنة المدينة. والمعنى هنا واضح، وهو مجموعة الآراء المستقرة في أي من هاتين للمدنتين.

(7) لم يقل أحد من الفقهاء بأن قياس أقل المهر على نصاب السرقة مرجعه إلى مراعاة التشابه بين قطع اليد وفقدان البكورة. والسبب الذي ذكره أن أقل المهر ينبغي أن يكون هو أقل مبلغ حله الشرع لأصحابه بمقبرة المعتدي عليه في السرقة.

الواجب أن تصل قيمة المسروق إلى هذا المبلغ الذي عينه كل فريق منها لتطبيق عقوبة القطع.

ومع ذلك فكثيراً ما أوجبت الاعتبارات العملية الخروج على هذا القياس الصارم؛ إذ قدم الفقهاء بعضاً من التنازلات الجارية مع العدالة، كما فضلوا أحياناً على القياس العمل ببعض المعايير الأخرى، مثل إعمالهم لمعيار المصلحة العامة في الحكم على مجموعة اشتركت في قتل واحد يلزهاق نفوسهم جميعاً مقابل تلك النفس الواحدة. وهذا اللون من الاستدلال الفقهي هو ما سمي لديهم «بالاستحسان». ويثقل هذا والاستحسان عودة إلى الرأي المطلق. وفي الحقيقة كان هذان المصطلحان يستخدمان أولاً على نحو مترادف، وإن كان الاستحسان يعبر عن مرحلة أكثر تقدماً في تطور التفكير الفقهي، حيث إنه - بطبيعة الحال - يفترض مسبقاً إمكان الاستدلال الفقهي عن طريق القياس.

والانحياز الثاني للفترة الباكورة في النظر الفقهي إنما يتمثل في التأكيد المتزايد على مفهوم السنة أو الآثار الثابتة. فلتعزيز فكرة اتباع المأثور صيغ الرأي الفقهي في شكل يرجع بجذوره إلى الماضي، فنسبت إلى الأجيال السابقة أصول ما دار على ألسنة فقهاء هذه الفترة من آراء. نعم، لقد كانت هذه الأصول للمأثورة ترد في البداية غفلاً عن أساسيتها، ولكن سرعان ما ألحقت الرسوم والاعتبارات الفنية بالرأي الفقهي أسماؤه عند من بين تلك الشخصيات السابقة المشهود لها بالفضل والتقى، وبهذا أمكن رد الآراء الفقهية المتأخرة إلى الأجيال الأولى للمسلمين عبر حلقات من الرواة. فعمر على سبيل المثال كثيراً ما يرد باعتباره المؤسس لسنة المدينة، على حين احتل ابن مسعود مكانة مشابهة في الكوفة. وقد وصل الأمر بطبيعته في النهاية إلى نسبة الرأي الفقهي إلى النبي ﷺ نفسه⁽⁸⁾. ويرغم أن هناك قلداً معيناً من هذه الآثار يرجع حقيقة إلى الأيام

(8) حكينا يعتقد المؤلف بكل بساطة أن الرغبة في اتباع المأثور دفعت الفقهاء إلى نسبة أصول آرائهم للأجيال الأولى من الصحابة، بدون إسناد لولاء، ليضطروا بعد ذلك إلى تلقين الإسناد لأسباب شكلية بحتة. ثم تطور الأمر تلقائياً ليعيدوا نسبة هذه الآراء - التي كانوا نسبوها إلى الصحابة - للنبي ﷺ نفسه. وأظن أن المؤلف بحاجة إلى تذكيره بأن أبسط قواعد المنهج العلمي تقتضي أن يذكر أنه في هذه القضايا التي يتعرض في بحثها لعقيدة أمة تحلت عبقريتها في اكتشاف أصول المنهج التاريخي ومعركة قواعد رواية الأخبار ونقلها والتبويب بين صحيحها وزائفها. لقد نشأ الإسناد منذ عصر الصحابة الذين كانوا يلقنون في الاستيذان عما يروى لهم عن النبي ﷺ، كما كانوا يدققون في الرواة لتلقيهم في السؤال عن نزولهم. ويسر =

الأولى للإسلام، تلك التي حفظتها الرواية الشفهية أو التطبيق التشريعي أيام الأمويين فإن القدر الأكبر من هذه الروايات كان خاطئاً في نسبه التاريخية. لقد جدلت المطامع التشريعية والسياسية في استعادة النقاء الأول الذي كان عليه الإسلام فترة المدينة. وبإغفال الفترة الأموية، ووضع النظر الفقهي في صيغة تمتد جذورها لأيام الإسلام الأولى أقام الفقهاء صلة تحقق معنى الاستمرار بين عصرهم وعصر الخلفاء الراشدين.

وفي هذه المرحلة، أو حوالي سنة 770 م، تشكل تيار⁽⁹⁾ معارض للمنتج الفقهي الذي قبلته المدارس الباكورة بوجه عام. وكان أهم ما يميز هذه المعارضة ذلك الموقف الأثري الجامد من الأحكام الفقهية نفسها أو أصولها التي تستند إليها على السواء. وعلى حين كان جمهور الفقهاء على استمداد لإدخال التطبيق القانوني السائد ضمن إطار نشاطهم الفقهي العام، ما دام لا يعارض صراحة مبدأ قرآنياً. فإن جماعة المحدثين The

= لم تلك نشأة للدارس والملافة الوثيقة بين أعضائها. أما أن يتجاهل المؤلف كل هذه الجهود العظيمة ليصورها هذا التصور الساذج فتعناه يحق تذكيره بوجوب اتباع وسائل المنهج العلمي في الإثبات أو النفي.

(9) هل ظهر هذا التيار الأثري (أهل الحديث) في بداية النصف الثاني للقرن الثاني الهجري؟ يتوجب شاخت من تعيين المؤلف لسنة 770 م [154 هـ] تاريخاً لظهور أهل الحديث، ويتساءل: هل يشير المؤلف إلى تلك الجماعة التي ظهرت في العراق من غير أهل الحديث والثلاثة للمحدثين؟ ويستبعد هذا الاحتمال من جهة أن موقف هذه الجماعة لم يتسم بكونه وأكثر تحفظاً وأشد استمسكاً بالقيم والمعايير القرآنية. بل يرى شاخت أن موقف هذه الجماعة من التمسك بالقيم والمعايير القرآنية كان على العكس من ذلك تماماً. انظر مقالة شاخت في نقد هذا الكتاب ص 397.

وأبحاث الدكتور عبد المجيد عمود في كتابه الاتجاهات الفقهية للمحدثين تقطع بتأخر ظهور نشأة فقه أهل الحديث إلى أول القرن الثالث الهجري وأخير القرن الثاني الهجري. وروى أهل الحديث عند المدخلوي هم: «عبد الرحمن بن مهدي ويعقوب بن سعيد القطان ويزيد بن هارون وعبد الرزاق وأبو بكر بن أبي شبة ومسدد وهناد وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، وأقرانهم، يقول المدخلوي في ذلك: «وهذه الطبقة هي الطراز الأول من طبقات المحدثين، فرجع للمحققين منهم بعد إسكاف فن الرواية ومعرفة مراتب الأحاديث إلى القدة، فلم يكن عندهم من الرأي أن يجمع على تقليد رجل عن مضي مع ما يروون من الأحاديث والأثار المنقضة في كل منذهب من تلك المذاهب، حجة الله البالغة 1491. وهكذا كان جمع الأحاديث وتبنيها واستظهار للمحدثين لما وكتابتها السبب في اتخاذهم هذا الموقف التقدي من تلك للمذهب السائدة قبلهم.

Doctrinaire Group⁽¹⁰⁾ قد اتخذت موقفاً أكثر تحفظاً وأشد استمساكاً بالتقييم والمعايير القرآنية. فعلى سبيل المثال أسفر تفسيرهم للتشدد للربا عن قاعدة مؤطّعا أن استبدال سلعة معينة، (الذهب، والفضة والأقوات الأغالية)⁽¹¹⁾ بمثلتها لا يكون مباحاً إلا إذا تساوت السلعتان في الوزن أو الكيل وكان التبادل في الحال. وكان فقهاء أهل المدينة⁽¹²⁾ قد ارتضى مبادلة النير بوزن أقل منه ذهباً مضروباً، على أساس مقابلة الفرق بتكلفة الضرب. أما عند أهل الحديث هؤلاء فإن هذا التبادل يعتبر نوعاً من الربا للحرم. وكان من الطبيعي أن يؤثر هذا الاتجاه المحافظ في فقهاء أهل الحديث ليغلب عليه طابع السلبية. في مضمونه إن لم يكن في شكله كذلك. إلى حد فقد معه الإحساس بالظروف العملية ومطالباتها؛ فإتاه لمن العسير حقيقة أن يدرك المرء أي معنى أو غرض معتبر لعقد يأخذ فيه عمرو عشرين رطلاً من قمح لزيد في مقابل عشرين رطلاً من قمحه هو في مجلس العقد ذاته⁽¹³⁾.

ونظراً لما في هذه الفكرة من وجهة منطقية لا تقاوم فقد نزعوا [أهل الحديث] إلى دعمها وتأكيدها بنسبة كثير من القواعد والأحكام خطأ إلى النبي [ﷺ]. وكانوا يضعونها في شكل قصص أو أخبار عما قاله محمد [ﷺ] أو فعله في مواقف معينة، مما

(10) يجب شاخت على كولسون اختيار هذا المصطلح، ويتوجب من أنه لم يستخدم الكلمة الأشهر في الدلالة عليهم وهي كلمة Traditionists.

(11) لم يؤدّ تفسير أهل الحديث للربا إلى هذه القناعة، فقد نص عليها حديث عبادة بن الصامت. وفيه يقول: سمعت رسول الله ﷺ يبيح عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والنسر بالنسر والثلج بالثلج إلا سواء يسواء، عتياً يعني. فمن زاد أو أنقص فقد أربى. رواه أبو هريرة كذلك. وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وأحمد وغيرهم في كتب البيوع والمساكنة.

(12) لا يصح هذا القول إطلاقاً، إذ يروى مالك عن عبد الله بن عمر تحريم التفاضل في الذهب. فمن مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد قال: وكنت مع عبد الله بن عمر فجلسته صليخ، فقال له: يا أبا عبد الرحمن إني أصبرغ الذهب ثم ليح الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فاستقبل من ذلك قدر عمل يدي، فنهى عبد الله عن ذلك. فجعل الصليخ يردد عليه السائلة وعبد الله ينهيه حتى انتهى إلى باب المسجد لو إلى دابة يريد أن يركبها، ثم قال عبد الله بن عمر: الديتر بالدينتر والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، هذا عهد نينا وإنا وعهدنا إليكم. وهكذا لا يصح القول بأن أهل المدينة كانوا قد ارتضوا صحة بيع النير بالذهب المضروب الأقل في الوزن.

(13) على الصانع لم يطلب فقهاء أهل الحديث إبرام هذا النوع من التعامل. وكل ما هناك أنهم يرفضون ويحرمون أي زيادة بين السلعتين المتماثلتين لوقوع ذلك تحت طائلة الربا للحرم. واعتقد أن الوقت لم يظن إلى حكمة تحريم ربا الفضل الذي يعد ذريعة لربا النسيئة. وقد ذكر عدد من الفقهاء أن ربا الفضل محرم تحريم وسائل لا تحريم مقاصد.

يعرف في اللغة العربية بالأحاديث أو الأخبار. وينبغي ألا نعتبر هؤلاء الذين وضعوا هذه الأحاديث وروجوها متعمدين للكذب أو التزوير، وأولى بنا أن نتصور أن اعتقادهم الجازم بأن رأيهم يعبر بدقة عن القيم الإسلامية قادهم إلى الاقتناع الراسخ بأن النبي ﷺ كان سيقضي بالأحكام التي نسبوها إليه حتى فيما لو واجهته المشكلات التي وقعت لهم. ومن ثم لم يكن الأمر بحاجة إلا إلى نقلة يسيرة لتأكيد أن النبي ﷺ قد فعل أو قال ما أئتمنوه إليه، ووضع إسناده لهذا الذي نسبوه إليه. مؤلف من رواية افترضوا عملهم له عن النبي ﷺ عبر الأجيال المتعاقبة إلى زمنهم⁽¹⁴⁾. وهكذا فينا يحفظ قدر من أحاديث الأحكام بأصل الأفعال والكلمات التي صدرت عن النبي ﷺ وخاصة في المسائل غير الخلافية، فإن هذا الأصل الصحيح قد غشه خليط متراكم من مواد موضوعة مختلفة. وينبغي في النهاية أن نقرر أنه حتى هذه الفترة - في أقل تقدير - لم ينظر إلى النبي ﷺ إلا على أنه بشر بين الوحي الإلهي. ومن ثم فإن حجيته إنما تتمثل في تلقية الوحي ونزوله على قلبه، وهذا هو الذي جعله المصدر الأول لما يجب اتباعه من أحكام.

ويتأثير موقف أهل الحديث تعللت النظرة السائدة في المناهج الفقهية على نحو تدريجي. وفي هذا لقيت كثير من القواعد البالغة التشدد التي انتصر لها أهل

(14) يطوي هذا التصور على قدر كبير من انقضاء جهود المحققين. وإذا نزعنا بالعصر وتعلمنا منهم ما نزل المؤلف لتصحيحه فإني أجد أن من الضروري الإشارة إلى الأمور التالية:

(أ) اكتشاف علماء الجرح والتعليل أثر التصبب للمذهب الفقهي في وضع الأحاديث، ونهبوا إلى جرم الموضوعين، مهما كانت نيتهم طيبة. وقد قوت الالة نفسها ذلك بصريح العبارة في حديث لم يكن بعيد عن كتمان المحققين لقرائنه على أنفسهم. فمن رسول الله ﷺ أنه قال: «من قال على ما لم يقل فليتبوأ مقعده من النار» - ورواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارمي في أماكن متفرقة، ورواه أحمد بن حنبل في مسنده في أكثر من أربعين موضعاً.

(ب) ومع ذلك وقع بعض الموضوعين في هذا الخطأ، وربما كانت دوافع بعضهم الانتماء لمذهب الفقهي، ولكن علماء الجرح والتعليل تعقبوا هذه الفتنة ودوتوا في مؤلفاتهم لأسبابهم حتى لا يفرحهم أحد. ويكشف أدنى اطلاع على مؤلفاتهم هذه عن الإحساس بأنهم بذلوا كل جهد بشري لرد كيد الموضوعين عن الالة. فهل من المطلق أن يأتي بعد ذلك الأستاذ كولسون لينسب إلى الجميع الفتنة والوضوح؟ لقد كان على الأستاذ أن يفرق إلى أي مستوى يره هو بين الموضوعين والضعفاء والتزويريين وبين غيرهم من الأعلام الذين بذلوا كل طاقة بشرية عمدة لحفظ الالة.

(ج) القول بأن هؤلاء الأعلام اتفقوا جيداً إلى التفتيش دون معرفة بأنهم يكتبون قول متهاات للالة، لا يتطلب عنه في الرد عليه. لقد اتسع خيال الأستاذ فلؤلف أكثر من اللازم حتى ينسب جمهوراً من العلماء، من أجيال مختلفة إلى الكذب دون وعي منهم.

الحديث - كذلك التي تحصل بالربا - قبولاً عاماً. ونما الاتجاه إلى الاحتجاج للرأي الفقهي بزعم نسبتة إلى النبي [ﷺ] والتعبير عنه في صورة حديث نبوي. ولكن برغم ما أدى إليه هذا الاتجاه من تزايد الإدراك لما قد ينشأ من تعارض في الأدلة بين حجية السنة وإجماع علماء مصر من الأمصار فلم يذلل إلى هذه الفترة أي جهد لحل هذا التعارض على نحو منهجي⁽¹⁵⁾. وهكذا تراجعت في النظر التشريعي (فيما بين 700 م و 800 م) اجتهادات الفقهاء وإجماعات الأمصار والأخبار المروية عن النبي [ﷺ] في تأليف غير متأسق. وتتعكس هذه المرحلة من التطور التشريعي في أول مصنف فقهي ظهر في تاريخ الإسلام، وهو الموطأ الذي ألفه فقيه المدينة مالك بن أنس (ت 796 م)⁽¹⁶⁾. وربما توضح أمثلة ثلاثة من هذا المصنف - مستقلة جميعاً من باب البيع - الاتجاهات التشريعية والعوامل المختلفة التي سلفت الإشارة إليها.

1 - يعترف مالك بن أنس بالتحريم العام لبيع المزبنة⁽¹⁷⁾، وهو مبادلة الثمر على الشجر قبل بلو صلاحه بمثله يابساً. ثم يعترف في الوقت نفسه بإباحة العرية، وهي مبادلة الرطب على النخل قبل بلو صلاحه بمثله تمراً. وقد ورد كل من هذين الحكمين المتعارضين في صيغة حديث عن النبي [ﷺ]. وتظهر الشواهد المستعملة من إسنادهما⁽¹⁸⁾ أن التحريم العام للمزبنة هو الحكم الأسبق صلوراً عن النبي [ﷺ].

(15) كانت لفقهاء هذه الفترة خطتهم بالتأكيد في حل التعارض بين الأدلة. فلو لا لا يمكن لأي فقيه تصلي لإفتاء الناس وتعليمهم أمور دينهم أن يصدر رأياً في مسألة بدون أن يكون له ترتيب للأدلة وخلطه في حل التعارض بينها. وثانياً أثرت لنا مناقشات كثيرة بين فقهاء الصحابة ومن تلاهم تدور في جوهرها على ترجيح بعض الأدلة على غيرها. وأخيراً فإن الشافعي قد تعرض لموضوع التعارض بين الأدلة بما أثاره من قضايا النسخ واختلاف الرواية وحجية الأدلة المختلفة ومنزلها، وذلك في كتابه الرسالة وفي غيره، وكل هذه المسائل قد أثرت قبله، وكان لفقهائه السابقين عليه رأي فيها. فلا يعقل بعد ذلك أن يتأخر تفكير الفقهاء فيما تثيره الأدلة المختلفة من تعارض إلى قرات تالية.

(16) ت 179 هـ.

(17) للمزبنة معناها أوسع مما ذكره المؤلف. ويبدو أن بعض صورها المعروفة في عصر مالك كانت على قدر كبير من المخاطرة والمقامرة والغرر، فمنها على ما يذكر مالك أن يكون عند رجل طعام لا يعرف كيده، فيقول آخر له: كل طعامك، فما نقص عن كيل كذا فعلي، وما زاد قل. والمزبنة معناها الخاصة والمداخلة وسيت بذلك لا تؤدي إليه من التشاحن بين أطراف التعامل. انظر تنوير الجوالك 128/2 وما بعدها.

(18) ترجع هذه الشواهد إلى متن الحديث لا إلى سننه. ففي البخاري «عن عبد الله بن عمر أن رسول =

ونستطيع أن نستنتج من ذلك أن تحريم المزابنة إنما نشأ من التفسير المتشدد للربا، الذي اعتمدته أهل الحديث. وقد انتهى أهل المدينة إلى قبول هذا الحكم، ولكن مع تعديله بعض الشيء ليتوافق مع إباحة بيع العرية الذي استقر عليه العمل في المدينة منذ زمن بعيد، والذي رفع بدوره بعد ذلك إلى النبي ﷺ أيضاً. وهو يقرر أن إباحة هذا البيع إنما جله على سبيل الترخيص. وقد حاول مالك بن أنس عَرْضَهُ - على هذا الأساس⁽¹⁹⁾ - - بدعاء أن هذه المباحة سياقها القانوني الخاص بها، وأنه يمكن وضعها لهذا بين أنواع البيوع الأخرى المستثناة من هذا الحكم العام.

وفيا بعد⁽²⁰⁾ اتجه الفقه إلى تعليل هذا الاستثناء وذلك الخروج على القاعدة ليجعله مقبولا على نحو أكثر بقصره على صورة خاصة، وهي استدراك صاحب النخل رطبه ممن وهب له أو أجره بعض نخله أو كله، وتبرير ذلك بحاجة الموهوب له أو المستأجر للنخل إلى بلع صالح للأكل في الحال، ومصلحة المالك الأصلي في أن يبيع نفسه من دخول الغير إلى أرضه. ولكن ليس هناك ما يدعو إلى اقتراض انحصار العرية في رأي فقهاء المدينة للمكرين - ومن بينهم مالك - في هذه الصورة خاصة. وهكذا تعكس معالجة الموطأ للمزابنة بوضوح مرحلة التوفيق الساذج بين النظرة العملية للحررة نسبياً للفقهاء الأوائل والتناول المتشدد لأهل الحديث.

= الله ﷺ عني عن بيع للمزابنة: والمزابنة: بيع التمر بالتمر كيلا، وبيع الزبيب بالكرم كيلا. وفي البخاري كذلك عن ابن عمر أن النبي ﷺ عني عن المزابنة. قال: والمزابنة أن يبيع التمر بكيل إن زاد قل، وإن نقص فعل. قال: وحديثي زيد بن ثابت أن النبي ﷺ رخص في العرايا بخرصها. صحيح البخاري البيوع، وفي مسلم في الباب نفسه مثل ذلك. وقد أخرج أحمد في العرية من غيرهما ابن حنبل 264/5 وابن ماجة: تجارات، وأبو داود في البيوع، ومعنى أنه رخص في العرية أنه كان حرم المزابنة، وهكذا ترجع الشواهد إلى القرن لا إلى السد.

(19) رعا يوضح ذلك أن تذكر ما لورده مالك في هذا:

«عن مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق. يشك داود. . قال مالك: وإنما تباع العرايا بخرصها من التمر، يتحرى ذلك، ويحرص في رؤوس النخل. وإنما أرخص فيه لأنه أنزل بمنزلة التولية والإقالة والشرك ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أشرك أحد أحدًا في طعانه ولا أقاله منه، ولا ولاه أحد حتى يقبضه المبتاع» تنوير الخواصك 126/2.

(20) يفسر ابن رشد ملخص مالك في العرية بقوله: «وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حقله، فيشت عليه دخول الموهوب له عليه، فأبى له أن يشتريها بخرصها فمرأه عند الجلباء بناية المجتهد 191/2. ويلاحظ أن عبارة ابن رشد لا تدل على انحصار المذهب من العرية فيها ذكره.

2- أن مالكا في إطار طريقته التي لا تتخلف، وهي أنه يبدأ مناقشته للموضوع الفقهي بذكر الأحاديث أو الآثار المتعلقة به - يعرض لإحدى المسائل المتصلة ببيع الرقيق، فيذكر أولاً هذا الخبر المنسوب لعمر: «من باع عبداً وله مال فماله للمبتاع إلا أن يشترطه المبتاع»⁽²¹⁾، ليعقب بعد ذلك بقوله: «والأمر للمجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم ويعطى ذلك بقوله: «وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة، وإن كانت للعبد جارية استحلت فرجها يملكه إياها، وإن عتق العبد أو كاتب تبعه ماله، وإن أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشيء»⁽²²⁾:

وهكذا كان رأي أهل المدينة - على ما ظهر من اجتهاد مالك في عرضه وتعضيده بهذه الأدلة الأربعة - أن الملكية القانونية لمال العبد راجعة للعبد نفسه لا إلى سيده. وعلى هذا الأسس فإنه يصح انتقال مال العبد مع العبد نفسه بمقتضى عقد واحد إلى المشتري. إذ لو كان السيد هو المالك الحقيقي لمال العبد لناقض بيع العبد وماله في عقد واحد ضمن مجمل مبدأ من المبادئ الأساسية للبيع، وهو مبدأ عرفه مالك معرفة تامة ووافق عليه، وهو أنه حيث يكون موضوع البيع سلعتين متميزتين أو أكثر يجب أن يكون ثمن كل سلعة بذاته معروفاً عدداً وإلا بطل البيع للغرر. أما الكوفيون فلم يهتموا بالاحتياط للرقيق في التملك ليقرروا من ذلك أن العبد وماله سلعتان متميزتان يملكهما السيد، ومن ثم صححوا انتقالهما معاً إلى المشتري مقابل ثمن واحد مجمل ويرى مالك من الناحية الأخرى أن العبد وماله يؤلفان بالطبع موضوعاً واحداً للبيع، ومن ثم يصح بيعهما بثمان واحد إذا نوى المتعاقدان ذلك. ولكن إذا لم يفصحا عن نيتهما باشتراط ذلك في العقد فمعناه أن البائع قد استخدم حقه بوصفه السيد في الإبقاء على مال العبد لنفسه⁽²³⁾:

ومن ثم فإن الحكم المنسوب إلى عمر يستلزم أمرين. أولهما الاعتراف الواضح بأهلية العبد للتملك. وثانيهما إعمال مبدأ الغرر في البيوع المتعددة الموضوع، وقد ارتبط هذا المبدأ الأخير بالتفسير البالغ التشدد للربا، على ما سبق بيانه. وهكذا يجب أن يكون لهذا الحكم أصل متأخر نسبياً؛ فإنه لا يناسب بداية مذهب أهل المدينة بقدر ما يدل بقبحه على مرحلة تالية في مجرى نظرهم الفقهي وتطوره.

(21) تنوير الحوالك 2/120.

(22) لمزيد من النظر في ذلك لرجع إلى: بداية الاجتهاد لابن رشد 2/166.

3- «التابعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا»⁽²³⁾. هذا الخبر النسب للنبي ﷺ] يعبر عن المبدأ المعروف «بخيار المجلس»؛ الذي يعطي التابعين بعد تمام إيجابها وقبولها الصحيحين الحق في الرجوع عن العقد ما داما في المجلس. ويقول مالك بعد ذكره لهذا الحديث: «وليس لهذا عتلتنا [في المدينة] حد معروف، ولا أمر معمول به فيه»⁽²⁴⁾. وتفصح المسائل التي أثارها مالك بعد ذلك عن أن العقد عنده تام ولازم بمجرد التوصل إلى التراضي المتبادل. وهذا مثال من الأمثلة العديدة التي رفض فيها فقهاء المدينة الأوائل الأحكام القانونية المنسوبة إلى النبي ﷺ] أو من جاء بعده ممن يحتاج بهم، إذا عارضت العمل السائد المقبول لدى أهل المدينة⁽²⁵⁾.

وهكذا كتب الموطأ في الوقت الذي أدى فيه الاهتمام بتحقيق أصول الفقه وأدلته إلى رد الكثير من مسائله وأحكامه - سواء لدى جمهور الفقهاء، أو معارضيه من المحدثين - إلى من يحتاج بهم من فقهاء الصحابة والتابعين أو إلى النبي ﷺ] نفسه. والمنهج الذي أتته مالك في تصنيفه هو أن يذكر أولاً هذه الآثار المتدولة في المسألة ليتأملها ويفسرهما ثم ليقبلها أو يرفضها بعد ذلك في ضوء اجتهاده الخاص، وما عليه العمل التشريعي في المدينة. والمعيار الأعلى لديه هو اتفاق علماء مملته في الرأي، ولم يكن هناك في تطبيق ذلك للمعيار أي نوع من التمييز للأخبار المروية عن النبي ﷺ] أو غيره من فقهاء الصحابة والتابعين، بحيث تند عن سيطرة ذلك⁽²⁶⁾ المعيار. فالموطأ في أساسه مؤلف فقهي يسجل الواقع العملي السائد في المدينة.

(23) تنوير الحوالك شرح علي موطأ مالك، للسيوطي 161/2، وقد روى هذا الحديث وأخرجه غير مالك، مسلم في صحيحه، وأبو طود والترمذي والنسائي، (كتاب البيوع). وأخرجه الدرر في كتاب البيوع وفي غيره، وأخرجه ابن حنبل في مواضع متفرقة (14 موضعاً في الجزء الثاني من المسند، وموضعين في الجزء الرابع). كما أخرجه البخاري في كتاب البيوع بلفظ آخر.

(24) اتهم مالك بهذا الاتهام من قبل، وقد دافع عنه كثير من العلماء وفروا موقفه تفسيراً آخر ينأى به عن الوقوع في خلافة السنة. ومن الممكن الرجوع في هذا إلى كتاب «مالك» للمرحوم محمد أبي زهرة ص 300، كما يمكن الرجوع أيضاً إلى كتاب: «توثيق السنة» للدكتور رقت فوزي ص 32 وما بعدها، والراجع للمتي ذكرها مقبلة في التعرف على النقاش الفقهي الذي دار حول موقف مالك في الموضوع.

(25) لا يفترض العمل بإجماع أهل المدينة منذرة السنة حجتها بقدر ما يعني الاعتماد عليه في الترتيب بين الروايات والحكم عليها. فمثلاً إذا عارض خبر الواحد إجماع أهل المدينة فما لا يعرف إلا بالتوقف فإن ذلك يعني ضعف خبر الواحد، ولا يعني أبداً إنكار العمل بالسنة من حيث المبدأ. انظر: مالك للمرحوم محمد أبي زهرة ص 331 وما بعدها. لقد بلغ مالك في رواية الحديث ومعرفته =

وقبل أن تترك الموطأ يحسن أن نقرر ملاحظة أخيرة، تتمثل في تلك الصلة الوثيقة بين تطور الفقه وطريقة الكتابة فيه. فللموطأ ينقسم إلى كتب، تتناول أقسام القانون الرئيسية: كالزواج والعقود والحدود وما إلى ذلك. غير أن كل كتاب منها مؤلف من مجموعة من المسائل والأحكام تبدو غير مترابطة ولا متماسكة فيما بينها. وسر ذلك أن الفقه إنما دُوِّنَ على النحو الذي جرى به تطوره، في إطار ذلك التبع الجزئي ومراجعة مسائل العمل التشريعي للأمويين. وقد احتفظ التدوين الفقهي فيما بعد بطريقة الموطأ الجزئية غير المتماسكة هذه، برغم أنه أخذ يتناول كل موضوع بطريقة أكثر اتساقاً من الناحية المنطقية. فالواقع أن المؤلفات الفقهية لا تفصح بادية في بدء عن المبادئ الكلية، لتتلوها بذكر تطبيقاتها التفصيلية، بل تتألف من مسائل متتالية، منفصلة وغير مترابطة. ومن الطبيعي أن ينتج مثل هذا المنهج معطياته القانونية الخاصة به. فلم تكن هناك على سبيل المثال نظرية عامة للعقد - بالمعنى المعروف في القانون الانجليزي - تمجد المبادئ الأساسية التي تحكم صور التعاقد المختلفة مهما تنوع شكلها، وإن كان هناك بدلاً من ذلك قانون للعقد - بالطريقة المعهودة في القانون الروماني - فيه لكل نوع منها قواعده الخاصة التي تضبط أحكام مسائله. لقد ظل أسلوب الفقه الإسلامي يوجه عام في الحقيقة حتى العصر الحديث متأثراً إلى حد كبير بالأسلوب الذي اتبعه مؤسسوه الأوائل في القرن الثامن الميلادي.

ولئن اتفق المنهج الفقهي في الكوفة والمدينة أساساً فإن البناء الفقهي الذي أثمره هذا المنهج في كل مدرسة منها يختلف عن نظيره بدرجة ليست بالقليلة. إن أصولها المشتركة تتمثل في الأحكام الظاهرة الواردة في القرآن [الكريم]، وفي الآثار المستندة إلى النبي [ﷺ] أو الخلفاء الراشدين، مما احتفظ به العمل التشريعي الأموي، كما أن الاستنتاجات التي توصل إليها فقهاء الكوفة - اعتماداً على هذه المصادر نفسها - لا تختلف عنها في المدينة إلى حد كبير. ولكن حرية النظر العقلي التي مارسها الفقهاء كان لا بد أن تؤدي - فيها وراء مجالات الاتفاق هذه - إلى أحكام مختلفة، كذلك التي صادفتنا فيما سبق؛ إذ كان طبعياً أن يتأثر الفكر الفقهي في هذا الصدد بصفة خاصة بالظروف البيئية السائدة في كل مصر منها. ولهذا التباين بين ظروف الحياة في هذين المجمعين

= حاله من القوة والضعف مرتبة لم يصل إليها كثيرون من أئمة الفقه، ولا يصح مع اعتناقه هذا ومكانته تلك أن يقرر أحد أنه كان يقني أحياناً بمخالفة السنة. إنه كان يخالف ما بعده الناس من السنة إذا ثبت لديه عدم صحته، على أنه كان يقبل منه ما عرف هذه النسخة فيه.

هو الذي يفسر كثيراً من أوجه الخلاف بين فقهاء الكوفة والمدينة على ما يظهر من الأمثلة التالية.

إن نظام التوريث الذي أخفقت به هاتان المدرستان واحد من حيث قواعده الأساسية، فهذا الموضوع إنما تحكمه، بنوع من التفصيل، نصوص القرآن وسنة النبي ﷺ، والآثار الواردة عن خلفائه، ومع ذلك فقد نشأ كثير من الخلافات الملمعة في تلك المسائل التي لم تفصل أحكامها على هذا النحو. وعلى سبيل المثال: إذا لم يترك الميت صاحب فرض ولا عصة فإن الكوفيين يرون الحق في الميراث لذوي الأرحام (أولاد البنات والأخوات) أما أهل المدينة فلا يشتون لهم ميراثاً: ويصح القول باستناد كلا الرأيين إلى تفسير معقول للقرآن؛ إذ يستند أهل المدينة إلى حقيقة مؤداها أن القرآن لم يمنح هذا الصف من القربات حق الميراث، على حين يستند الكوفيون إلى حقيقة أن اعتراف القرآن بحقوق النساء في الميراث إنما يتضمن اعترافاً بحق من يدلي بهن إلى الميت في الميراث أيضاً. على أنه كان إنكار حقوق ذوي الأرحام في الميراث هو الاتجاه الطبيعي في مجتمع المدينة القائم على إعلاء شأن الرجل يمثل ما كان طبيعياً أيضاً أن يقرر مجتمع الكوفة التسليم بحقوق هذه القربات في الميراث؛ إذ كانت المرأة قد تمتعت في مجتمع الكوفة المفتوح على الثقافات الإنسانية المختلفة بتقدير أعلى مما كان لها في المدينة. ومن النتائج الملموسة لهذا التقدير ذلك الحكم الذي سبقت الإشارة إليه عندهم، والذي يتمثل في أهلية المرأة لعقد زواجها بنفسها. وباختصار لقد فسرت كل مدرسة من هاتين المدرستين القرآن في ضوء ظروفها الاجتماعية السائدة⁽²⁶⁾:

وفي الكوفة أدى الوعي الطبقي - الناتج من الطبيعة المتفاوتة لبناء مجتمعا حيث عاش المسلمون من العرب والموالي في اتصال مباشر ومن موروث التصنيف الطبقي

(26) لا شك في أن اختلاف الأعراف بين المدينة والكوفة مسؤول عن كثير من الاختلافات بين فقهاء هاتين المدرستين. أما بخصوص المال الذي ذكره المؤلف فلا يثبت أبداً رجوع مذهب الأحناف في توريث ذوي الأرحام إلى تصوراتهم عن مكانة المرأة في مجتمعهم، كما لا يثبت في مذهب أهل المدينة أن عدم التوريث راجع إلى مثل ذلك. إذ لم تحمل المرأة في الكوفة مكانة مختلفة عما احتلتها في المدينة. ويجب بحث الخلاف بينهما في هذه المسألة في حدود التصور العام للنظام الذي أقرته كل مدرسة منها في الميراث. وتوضيح ذلك إلى حد ما أن أهل المدينة ارتضوا إقامة بيت المال وإراثاً، يلي أصحاب الفروض والعصبات في الاستحقاق ولذلك لم يضطروا إلى توريث الأرحام. أما الأحناف فلم يوافقهم يؤخرون استحقاق بيت المال إلى حالة انعدام الأقارب وكل من له حق في الميراث، ولذلك رأوا توريث ذوي الأرحام مقدماً على توريث بيت المال.

للإمبراطورية الفارسية الساسانية إلى ظهور قاعدة «الكفاءة»⁽²⁶⁾. ويحفظ القضاة التي اشترطت مساواة الزوج لزوجته في جوانب معينة - تشمل التسيب والتركيز الليلي والحرفة - لا يوجد لها ما يناظرها في فقه المدينة الباكر ولا ذكر لها على الإطلاق في موطأ مالك. إذ لم يستشعر مجتمع المدينة الوثني النسيج والترابط مشاعر التمايز الطائفي على هذا النحو من القوة.

ويدل الخلاف الفقهي بين المدرستين في بعض القواعد الفقهية على مدى ما صارت إليه رابطة «القرابة الدموية» في المجتمع العربي التقليدي، والنصراة فقهاء الكوفة عن إعطائها أهمية مماثلة لما اتخذته عند فقهاء المدينة.

لقد اتفقت المدرستان على مبدأ المسؤولية الجماعية عن دفع حية القنوس وما دونها في القتل والجرح، وتصطلحان على تسمية الجماعة التي يقع على عاتقها دفع الحية «بالعائلة». غير أن العائلة تتألف عند أهل المدينة من عصابة الخلفاء، على حين تتألف في الكوفة من هؤلاء الذي تجمعهم به صلة تتمثل في الاشتراك في الوظيفة أو مجرد الجوار، مثل الجنود المنضمين في فرقة واحدة، أو التجار الذين تقع حياتهم في سوق واحد. وتطبق هذه الاعتبارات ذاتها - ولو جزئياً - على اختلافهم في الأحكام «الشخصية»، وهي الحق في الحلول على مشتري العقار، وأخذ من ماله يتقضى الشروط التي يبيع بها. ومصلحة الشافع في العقار، وأخذ من ماله بنفس الشروط التي يبيع بها. ومصلحة الشافع في العقار المباع التي نال بها حق الشفعة قد تتمثل عند أهل الكوفة في ملكيته لعقار مجاور للعقار المبيع، على حين لا يترتب مثل هذا الحق للجوار عند أهل المدينة، وإنما يستحقه عندهم الشريك⁽²⁷⁾ الذي كان في العالقة من أقربه يبيع الأرض، بحكم الأساليب التي كانت سائدة في حيازة الأرض وملكيتها في النظام العربي السابق.

وإذا صرفنا النظر عن هذه الخلافات المحددة التي وقعت بين الفريقين في قروح الفقه فسنجد أن نظريتهما العامة وموقف كل منها إنما خضع للتطويع الخاصة به. فالروح المحافظة المتسكة بالموروث هي السمة المميزة لفقهاء المدينة الباكرين، على حين استلهم زملأؤهم الكوفيون روح البحث والتفكير الحر، نظراً لحياهم في مجتمع تأسس حديثاً، وليست له هذه الجذور التي تربطه بالماضي مثل مجتمع المدينة.

وبالإضافة إلى ذلك فإن مدرسة الكوفة كانت من الناحية الجغرافية أكثر اتصالاً

(27) لكن أهل الكوفة لم يمنموا الشريك حق الشفعة فكيف يسلم هذا الاستدلال؟

بالتنظيم القانوني الأجنبية، كما كانت من الناحية العقلية أكثر تأثراً بها. فأبو حنيفة (ت 677م) «تعمي مدرسة الكوفة الفقهية في عصره رأى أنه لا حجر - وهو تقييد التصرفات المالية»⁽²⁹⁾ بإذن الولي - على إنسان بعد بلوغه من العمر خمساً وعشرين سنة. وقد كان هذا هو الحد المعترف به للولاية على المال Curtio في القانون الروماني. وقد عكست الحالة القانونية للعبيد في المدينة مركزهم كأعضاء مقبولين بين أفراد العائلة في اللجوء العربي، فكانت لهم ضمن ما نعموا به أهلية للملك على ما رأينا فيما سلف، ولكن قتن العمل الكوفة لأهليتهم هذه بمنطق صارم أسامه أنه إذا كانت ذواتهم مملوكة فلا يتحملون الحق في التملك. وينبع هذا الموقف المنهجي إلى حد كبير من التأثير بالقانون الروماني، ومن التمييز الطبقي الحاد في مجتمع الكوفة أيضاً.

وقضاً عن هذه الخلافات غير السيرة بين البناء التشريعي لكل مدرسة منها فقد كانت هناك أيضاً اختلافات في الرأي بين الفقهاء داخل المدرسة الواحدة. فلم يكن قضيها الكوفة البارزان أبو يوسف (ت 798 م) والشيباني (ت 804 م⁽³⁰⁾) من الاتفاق بالقتل الذي قد يدل عليه لقبها التقليدي: «الصاحبان»؛ فالواقع أن ما بينها من التشارك لقتل، إذا نحينا تلميذتها معاً على أبي حنيفة. لقد كان أبو يوسف يتولى منصب قاضي القضاة رجلاً عملياً على صلة وثيقة بالدوائر السياسية، على حين كان الشيباني يحسب ميوله باحثاً نظرياً في الفقه - وإن ولى القضاة لفترة يسيرة - وجد كفأته الحقة في الكليات المستفيضة الشارحة للمذهب الفقهي.

ويظهر الخلاف بين شخصية هذين الفقيهين في معالجتهما لأحكام الوقف [التبرع

(29) (239) 1391 هـ.

(30) هذا هو الحبر للفساد الذي يختص بالسفيه، وهو من اعترته خفة تحمله على العمل بخلاف مقتضى العقل والشرع. وعند أبي حنيفة أن من بلغ رشيداً صح دفع المال إليه، وأقل حد للبلوغ الثنا عشر عاماً. فإن اعتراه السفه بعد ذلك لم يجز الحجر عليه، أما من بلغ غير رشيد فلا يجوز دفع المال إليه عند أبي حنيفة إلا أن يبلغ خمساً وعشرين سنة، فيدفع إليه المال حينئذ، لأن منع المال عنه لعلامة التخلف، ولا يفده فيمن بلغ هذه السن. وخالفه الصاحبان فيريان أنه إن بلغ هذه السن غير رشيد لم يمكن من التصرف في المال إلا بإذن الأولياء [نص التفسير 259/9 وما بعدها].

ولا يثبت اتفاق أبي حنيفة مع القانون الروماني في تحديد هذه السن تأثره بهذا القانون. ومن الطبيعي أن يجهد المؤلف اتفاقاً في آراء فقهاء هذه المدرسة مع القانون الروماني في قضايا كثيرة، لكن هذا الاتفاق الجزئي لا يثبت التأثير مطلقاً.

(31) توفي أبو يوسف سنة 1822 هـ على حين توفي عمه بن الحسن الشيباني سنة 187 هـ.

الثابت في أوجه البر [وهو واحد من الموضوعات الكثيرة التي اختلف فيها رأياً]. إذ يقن الشياني لمساائل الوقف بقياسه على المبة. وحجته لذلك أن الوقف هبة العين الموقوفة لله [عز وجل] ومنفعتا للمتصعين بها. ومن ثم حكم بأن تسليم الموقوف إلى المتولي هو شرط لصحة الوقف. أما مذهب أبي يوسف فقد كان متأثراً إلى حد كبير بالاعتبارات العملية المتمثلة في وجوب تيسير إنشاء الوقف والتشجيع عليه. ولتحقيق هذا الهدف قضى بأن مجرد إعلان الواقف - ولو لم يسلم العين الموقوفة - كاف لإنشاء الوقف صحيحاً. وتوضح نزعتة هذه أكثر فيما رآه من أن للواقف أن يحتفظ بحقه في الانقضاء بعلة الموقوف مدى حياته.

ويظهر التكوين الفقهي حدث تغير في البنية التي كانت عليها المدارس؛ إذ غلبت نسبتها لمؤلفي الكتب الفقهية الأولى بأعيانهم بدلاً من نسبتها لمحلة بعينها. قال أمر مدرسة المدينة إلى اعتبارها «مذهب مالك»، وأصبحت مدرسة الكوفة «مذهب أبي حنيفة» ومن ثم رد الشياني - هذا التلميذ الوفي - أصل مؤلفاته كلها إلى شيخه أبي حنيفة⁽³¹⁾. وجاءت الأجيال المتأخرة لتباليغ في الدور الذي قام به الرئيسان الاسميان للمذهبين، وإن كان الشياني نفسه هو المؤسس الحقيقي للفقهاء الحنفي، ذلك المذهب الذي تكون بعد أبي حنيفة. لكن الشياني وجد في أبي حنيفة أصلاً يدعمه، فتعلق به، على حد قول ساشو⁽³²⁾ Sachau الذي يمثله ويلابلاب الف حول جلع ضخم لشجرة بلوط. وبالمثل كان ابن القاسم تلميذ مالك هو واضح الأسس المنهجية للمذهب المالكي.

وهكذا يتضح أن الخلاف المتزايد في الرأي هو الملمح البارز للتطور الفقهي في النصف الثاني من القرن الثامن الميلادي [حوالي منتصف القرن الثاني الهجري]؛ فالانتهاءات المذهبية والإقليمية كانت قد أنتجت نظماً فقهية غير مكتملة. ولم تعترف أي من المدارس العديدة - التي لم تكن مدرستا الكوفة والمدينة سوى اثنتين منها - لغيرها بأنها تقدم التعبير الحقيقي للنظام الإسلامي في السلوك؛ وسبب النقاش داخل كل مدرسة خلافاً في الرأي بين فقهاء أنفسهم وانشقاق جماعات منهم عنها.

(31) اضطرب المؤلف في تعليل الانتقال عن نسبة المدارس الفقهية للأصهار إلى رؤساء المذاهب. وتقديره أن تأليف الكتب الفقهية كان هو السبب في حدوث هذا الانتقال. وكان من اليسر عليه تفسير ذلك بالنسبة للمذهب مالك الذي شارك في التكوين الفقهي. ثم صعب عليه تفسير ذلك بالنسبة للمذهب الحنفي؛ فإن أبا حنيفة لم يدون مذهبه. ولكي يطرد قاعدته قرر أن الشياني رجع مؤلفاته الفقهية إلى شيخه أبي حنيفة. والحق أنه لا يمكن قبول مثل هذا التفسير.

لقد أدرك ابن المقفع وزير الخلافة العباسية منذ فترة مبكرة (سنة 757 م) (140 هـ) الأخطار المترتبة على هذه الاختلافات، وأوصى الخليفة المنصور أن يحل هذه التناقضات بإصدار أمر بتوحيد القضاء وإصدار تشريع كامل موحد. لكن هذه الفرصة التي لاحت لتوحيد القضاء بغيره قد ضاعت كما هو معروف، ولم يعد تحقيقها ممكناً بعد استقرار المذاهب الفقهية وتمكنها. ونظراً لأن العباسيين قد تبناوا الفكرة القائلة بأن الخليفة خادم القانون لا سيده فإن مقاليد التشريع قد رجعت إلى أيدي الفقهاء بدلاً من الحكام السياسيين. وعلاوة على هذا أصبحت الخلافات في الأصول من الخطورة بحيث لم يعد حلها بالحلل المفروضة أمراً ممكناً. وأسفر النزاع بين ما كان عليه العمل في المدارس الفقهية الباكسة ومعارضيهما من المحدثين إلى نزاع بين هؤلاء الذين يرون لأنفسهم حق الاجتهاد وهم «أهل الرأي» وهؤلاء الذين رأوا قصر الاحتجاج على سنة النبي ﷺ وهم «أهل الحديث».

وقد أصبح واضحاً أن ثمة ضرورة لبذل محاولات لتحقيق وحدة التشريع بغية إتقانه من التفكك الشامل. وكان من الواضح أيضاً أن مثل هذا الاتجاه ينبغي أن يتولد من داخل الفقه نفسه، وعلى أيدي أئمة المقتدرين. وهنا ظهر الرجل المناسب تماماً للقيام بهذا الدور، وهو محمد بن إدريس الشافعي⁽³²⁾.

(32) في حجة هذا الفصل يجمل بنا أن نتوقف أمام الأفكار الأساسية التي وردت به، لإيجازها والتعقيب عليها.

لقد خصص المؤلف هذا الفصل لبيان ملامح التطور الأصولي في فترة نشأة المذهب الحنفي والمالكي وانبثاقها عن مدرسة الكوفة والمدينة. ويعتقد المؤلف بتأثير التطور الفقهي في هذه الفترة بتأجج المعاداة للأمويين من جهة وبرعاية العباسيين للنشاط الفقهي من جهة أخرى. ورأيه أن الأحناف قد نالوا حظاً من هذه الرعاية زائداً على ما لقيه منها أهل المدينة، ويستنتج من هذا إصرار المذهب الحنفي في درجة التطور وتفوقه على المذهب المالكي. وفي رأيه - مع ذلك - أن الخلاف بين المذهبين ليس كبيراً؛ فاصولهما تكاد تكون واحدة، وكثير من الأحكام التي عبر عنها فقهاء المذهبين مشتركة في الأسس. غير أن هذا لا يعني عدم وجود خلاف بينهما؛ فالخلاف بين فقهاء الدرستين في مجموعها ودخل كل مدرسة منها يشكل أهم ملامح التطور الفقهي في هذه الفترة من وجهة نظر المؤلف. بل كان هذا الاختلاف هو السبب الذي حتم ظهور نظرية الشافعي الأصولية، على ما يقرره المؤلف في نهاية هذا الفصل. وخطأ كولسون الفادح في هذا الفصل اعتقاده بأن أهل الحنفية هم الذين قاموا بوضع آرائهم المتشددة في قوالب من السنة مع وضع سند لما ينسبها إلى النبي ﷺ. ومن التأثير للدهشة ألا يرى المؤلف في زعمه هذا أدنى اتهام لأهل الحديث بالكلب أو الوضع؛ فهم فعلوا ما فعلوا في رأيه بدافع الورع وتقويم سلوك الناس. ويتخذ هذا المنطق =

= صاحب عن رؤية الحقيقة قبل أن يتخذ غيره؛ فحقيقة الأمر أن هؤلاء العلماء قد بذلوا كل جهد بشري لجمع الأحاديث والمقارنة بين أسانيدنا وتحقيقها لقبول ما وافق شروطهم المشددة في الرواية، ورفض ما يخالف هذه الشروط. وترتب على تحقيقهم هذا قيام الفقهاء بإعادة النظر في أحكامهم المخالفة لما ثبتت صحته من السنة. ولهذا لا يصح اتهام المحدثين بأنهم كانوا وراء وضع أحاديث الأحكام، بل هم الذين قلعوا بتقوية السنة عما لم يما من شوائب الوضع. وللتعرف على جهودهم هذه انظر مثلاً:

- السنة قبل التدوين للدكتور محمد عجاج الخطيب مكتبة وعية 1963 م

- السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى السباعي، الدار القومية للطباعة والنشر بالقاهرة.

الفصل الرابع

واضع علم الأصول (1)

محمد بن إدريس الشافعي .

في عام 767 م [150 م] ولد الشافعي ليقوم أول نشاطه الفقهي بدور المتفرج الناقد في المسرحية المتدافعة الأحداث أكثر من أن يشارك فيها مشاركة فعالة. وقد اكتسب من فترات دراسته وتردده على مراكز الدراسة الفقهية الأساسية - في مكة والمدينة والعراق وسوريا - معرفة وثيقة بنجومها البارزين. ولكنه نأى بنفسه عن التبعية لواحد منهم. واستطاع بابتعاده عن الانتماء لمدرسة خاصة أو مذهب معين أن يفهم ما يجري على المسرح من أحداث متشابكة في اتساع نظر وعمق إدراك، مما أتاح له أن يضيف جديداً إلى التفكير الفقهي. وأخيراً ظهر على المسرح فارس عصره الذي تطلع إلى حل ما تعقد من خيوط الجدل المتشابكة، وقدم حلاً يقيم النظام مقام الفوضى السائدة.

وفي المجال الفني لمنهج النظر الفقهي عمل الشافعي بوجه عام على تأكيد إنجازات معاصره الأكبر منه الشيباني، وأضاف إليها. ولقد كان الشغل الشاغل للفقهاء قبله هو إضفاء الصبغة الإسلامية على القانون بالتقويم الخلقي للتصرفات والعلاقات في ضوء المعايير الدينية. وكان عمل الشافعي تعبيراً عن مرحلة أكثر تقدماً

(1) تقابل هذه العبارة (واضع علم الأصول) عبارة المؤلف Master Architect، ومعناها الحرفي: المعماري الأستاذ، ويستوضح بعد قليل أن الشافعي إنما استحق ذلك لقيامه بوضع المنهج الأصولي، وهذا هو ما يريد المؤلف، ولذلك اخترت هذه العبارة حتى تقترب من التعبير العربي.

ومنهجية في النظر الفقهي . ويتبين ذلك تماماً من معالجته لبعض الأحاديث المنسوبة للنبي ﷺ التي تنهي عن تدخل طرف ثالث في العقد أثناء مرحلة المساومة، من مثل قوله ﷺ «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»⁽²⁾.

لقد اكتفى فقهاء المدارس الباكرا بمجرد تقرير أن مثل هذا التدخل محرم، دون أن يحاولوا تحديد النتائج القانونية التي ينطوي عليها هذا التحريم، بينما حصر الشافعي المشكلة في حدود الأضرار العملية التي قد تحدث للمتعاقدين من جراء هذا التدخل، مفصلاً ذلك بأن الضرر من شأنه ألا يحدث قبل وصول طرفي التعاقد إلى الرضا المتبادل، حيث لا تنشأ الالتزامات القانونية قبل ذلك. كما أن مثل هذا التدخل لا يؤدي إلى الضرر إذا كان بعد لزوم العقد؛ فلو فرضنا أن رجلاً قد اشترى حلة بعشرة دنانير فلن يقع على المشتري الأول ضرر إذا تقدم للمشتري بالتحلل من البيع عليه حلة مماثلة بتسعة دنانير، إذ البيع الأول قد لزم ولا يمكن فسخه. وعلى هذا رأى الشافعي أن البيع على البيع إنما يكون محرماً في الفترة ما بين تمام العقد ولزومه، أي في مجلس العقد الذي يحق فيه لكلا الطرفين التحلل من البيع المتفق عليه؛ فإن مثل هذا الإغراء على الفسخ - كأن يقدم الطرف الثالث السلعة نفسها بشمن أقل - قد يؤدي إلى خسران البائع الأول فيما لو لم يجد مشترياً آخر لسلعته، أو إلى خسران المشتري الأول إذا لم يتحقق⁽³⁾ البيع الثاني.

نعم، إن هذا النظر الفقهي قد لا يخلو من قصور وخاصة إذا ما قورن بالأحكام التي انتهى إليها المتأخرون؛ إذ من الممكن أن يفضي الإغراء على التحلل من العقد الملمز إلى الضرر. ولو أخذنا المثال المحدد الذي ذكره الشافعي آنفاً فإن المشتري الأول إذا عجز عن الوفاء بالشمن⁽³⁾ نشأ من ذلك ضرر مؤكد للبائع. وأيضاً لم يلتفت الشافعي البتة إلى الجزاءات القانونية المحددة التي يمكن للطرف المتضرر بالفسخ أن يطالب بها. ولكن يمثل تناوله خطوة متقدمة إلى حد كبير في النظر التشريعي. فبدأ نوع من البناء القانوني - بمعناه المحدد - في الظهور مشيداً على أسس من معايير السلوك الأخلاقية التي صاغتها المدارس الباكرا.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع والتكاح، وكذلك مسلم، وأخرجه أبو داود أيضاً في كتاب البيوع والتكاح، وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه والدارمي وأحمد بن حنبل في مسنده.

(3) نظراً لفاقد ماله بعد أن اشترى السلعة بشمن أقل من الطرف الثالث المتدخل.

ويقول تأثير الشافعي في مجال العمل الفقهي في الفروع بحيث يبدو قليل الخطورة وخاصة إذا ما قورن بما خلفه من أثر في ميدان أصول الفقه ومناهجه. وقد نصبت عظمة الدور الذي قام به في هذا الميدان وقوة الأفكار التي ابتدئها في سبيل تحقيقه عملاقاً لا يطاول في تاريخ التشريع الإسلامي. لقد كان هدفه الأسمى وحدة الفقه، وكان منهجه هو إبعاد دواعي الاختلاف بإقامة نظرية متماسكة تحدد المصادر التي يجب استمداد الأحكام الفقهية منها. وتحتوي الرسالة التي ألفها في مصر - حيث أمضى الخمسة الأعوام الأخيرة من عمره قبل أن يتوفى سنة 820 م [204 هـ] - على الأسس الناصجة لنظريته الأصولية. وسنرى من التحليل الموجز التالي أنها مرسومة في بساطة، ولكن في جرأة وحسم كذلك. ولا تكمن عبقرية ابتكار هذه النظرية في تقديم تصورات جديدة تماماً، بل في إعطاء الأفكار القائمة دلالة ويزوراً جديدين، ثم صهرها داخل خطة تطرد.

وعند الشافعي أربعة أصول أساسية للفقه، من الطبيعي أن يكون القرآن أولها. لكن على حين لم يكن هناك نزاع قط في القوة الملزمة لأحكام القرآن التشريعية فإن الشافعي رأى فيه بوصفه المصدر الأول للتشريع مغزى أعمق مما رأى السابقون؛ فإن القرآن فضلاً عما بينه من أحكام الفروع قد أشار أيضاً إلى وسائل تفسير هذا القدر المحدود والبناء عليه. ومن ذلك على الخصوص الأمر المتكرر: «أطيعوا الله ورسوله» الذي أقام سنة النبي ﷺ الأصل الثاني للفقه بعد كلام الله [عز وجل] مباشرة.

إن تأكيد الشافعي على حجية النبي ﷺ مشرعاً لهو السمة الثابتة والغالبة في مذهبه الفقهي. غير أنه لم يكن ليعيد هنا مقررات أهل الحديث التي نشأت في المدارس الباكورة؛ فعندهم أن حجية النبي ﷺ كانت تتمثل في أنه أفضل شخص مؤهل لتفسير القرآن، الموحى إليه وإن كان شارحاً يشرأ⁽⁴⁾، وإنما لهذا السبب أباح بعض الفقهاء - كمالك - لأنفسهم رفض أحكام النبي ﷺ [ع] إذا رجحت اعتبارات فقهية أخرى على ما تستوجه في ذاتها من فضل، كأن تكون متعارضة⁽⁵⁾ مع ألفاظ القرآن⁽⁴⁾. لكن الشافعي يضيف رأياً دامعاً؛ فقد أصر - عارضاً في انسجام لأول مرة

(4) المؤكد والثابت أن الإمام مالك لم يكن يرى لنفسه الحق في رفض أحكام النبي ﷺ متى ثبتت صحة نسبة الحكم إليه. والحقيقة في ذلك أن الإمام مالكاً كان يعتبر تعارض ما يروى من سنة عن النبي ﷺ مع القرآن معياراً لتقد هذا الروي، من منطلق أن السنة الصحيحة لا تعارض القرآن، فإذا حدث التعارض كان ذلك دليلاً على زيف نسبة هذه السنة وعدم صحتها، ومن ثم علم =

فكرة كانت معروفة من قبل بشكل يشوبه الإيهام - على أن أحكام النبي ﷺ التشريعية هي من وحي الله [عز وجل]. وعند الشافعي أن ذلك هو المعنى الذي لا معدى عنه لأمر القرآن بطاعة الله ورسوله، والأمر المشابه له باستهداء الكتاب والحكمة⁽⁵⁾؛ إذ لا يدل هذا المصطلح الأخير إلا على سنن النبي ﷺ. إن اعتراف الشافعي بالسنة مصدراً مكماً للقرآن في التعرف على الإرادة الإلهية هو أهم إسهام قدمه هذا الفقيه للتشريع الإسلامي. وقد دلت آراؤه على أنها غير قابلة للرفض؛ فما إن حظيت بالقبول حتى أصبح من غير الممكن رد الأحاديث بناء على النقد الموضوعي لمضمونها، وغدا الاحتجاج بها لازماً إلا إذا كان من الممكن إنكار صحة الرواية.

ولهذا السبب تمثل السنة - باعتبارها مسلك محمد ﷺ الموحى إليه من الله - المصدر الثاني للفقه في منهج الشافعي. وكانت تنصرف أساساً في المدارس

= العمل بها. وهذا المعيار لا يتفرد به مالك، بل عمل به الصحابة واعتمدته الفقهاء قبل مالك وبعده. فالعروف أن السنة تصح نسبتها بشروط في الراوي والمتن، ومن الشروط الأساسية في المتن ألا يتعارض مع القرآن أو سنة أقوى.

ويصرف النظر عما هو مقرر من ذلك فإن الفقهاء كانوا ملزمين منذ أول الأمر باتباع سنة النبي ﷺ لسبب منطقي بحث يتمثل في أن مقصدهم الأساسي وظيفتهم هي الكشف عن الحكم الشرعي. فكيف يسوغ مع تحليد وظيفتهم على هذا النحو الذي لا اختلاف فيه أن يرى أحدهم لنفسه الحرية في رفض أحكام النبي ﷺ. إنه في هذه الحالة سيكون قد خرج عن مقتضى وظيفته. وأكثر من هذا لم يكن احتناء السنة واتباعها فكرة وصل إليها النظر الإسلامي بعد فترة، بل كانت أصلاً اعتمده الفكر الفقهي منذ بداية وجوده. فقد كان أبو بكر الصديق الخليفة الأول وعمر بن الخطاب يجمعان الصحابة لسؤالهم عما لديهم من سنن في الموضوعات والمشكلات التي تواجه الدولة والأفراد. وكان بعض فقهاء القرن الأول الهجري يبالغون في اتباع السنة ويؤمنون الرأي. وقد وجد هذا الاتجاه في الكوفة كما وجد في المدينة. ففي الكوفة كان الشعبي صاحب آثار وكان إبراهيم النخعي - معاصره وزعيم مدرسة الكوفة في أواخر القرن الأول الهجري - صاحب قياس. وكان هذا الأخير يقول: ما كل ما نقول به سمعناه ولكننا نسمع الشيء فنفس عليه مائة شيء. وكان هذا هو الحال في المدينة. فسميد بن المسيب كان جريئاً في الفتوى. وكان ربيعة كذلك حتى أطلق عليه ربيعة الرأي.

وكل هذا يدل على أن الاتجاه العام لفقهاء الصحابة والتابعين وتابعيهم هو الالتزام بالسنة الصحيحة. والنظر في كتاب الحجج المبينة لمحمد بن الحسن الشيباني يقطع من بدء هذا الفقيه حجاجه لخصومه في الرأي الفقهي بذكر السنن والآثار أن الأصل الذي اعتضد به الفقه هو الاعتماد على السنة الصحيحة المروية عن النبي ﷺ.

(5) إشارة إلى ما ورد في القرآن في مواطن كثيرة: مثلاً آيات (129، 151، 231، 269) من سورة البقرة، وآية 164 من سورة آل عمران، وآية 113 من سورة النساء.

الباكرة- كما رأينا- إلى المرويات الخاصة بمدرسة معينة. وقد تطلع الشافعي بإحلاله مفهوم السنة النابعة من معين واحد محل المرويات المتداولة في الأوصار المختلفة فيما بينها باختلاف منشئها إلى اقتلاع سبب الخلاف بين المراكز الفقهية وبت الوحيدة في النظر التشريعي. وباختصار فإن الشافعي يذهب إلى أن هناك لوناً واحداً من المرويات هو الذي يصح أن يكون إسلامياً أصيلاً. وهو في هذا لم يكن يقدم فكرة جديدة من كل جوانبها؛ فقد كان هناك اتجاه متزايد لدى المدارس الفقهية الباكرة عموماً إلى ادعاء وجود أصل لمروياتها في مسلك النبي ﷺ، وذلك برجمها نظرها الفقهي إليه. وقد استغل الشافعي هذا الاتجاه نفسه ليدعمه أصولياً ببيانه كون السنة النبوية وحياً إلهياً، وليرقر فيما يتعلق بالشكل أن سنة النبي ﷺ لا تثبت بوجه صحيح ولا تتحقق إلا بحديث مروي عنه. وبذا حقق مذهبه نوعاً دقيقاً من التوفيق بين المواقف المختلفة للمدارس الباكرة والجماعات المعارضة.

ورغم أن الشافعي يعتبر السنة هي المصدر الثاني فإنها تأخذ الأهمية الأولى واقعاً؛ إذ إن القرآن نفسه يفسر في ضوءها؛ ولما كانت مبينة للقرآن فقد كان طبيعياً أن تكون لها المحجة البالغة. ويتضح تصميم الشافعي على تأكيد هذا الدور للسنة ورفضه الكامل لكل رأي ينال منها في معالجه لموضوع التناقض الظاهري بين النصوص الشرعية.

كانت النسبة الملفقة للأحكام الفقهية إلى النبي ﷺ إلى زمن الشافعي قد أوجدت تعارضاً جديراً بالنظر بين نصوص أحاديث⁽⁶⁾ بعينها ولما كان الشافعي

(6) لم يكن وضع الأحاديث السبب في وجود التعارض بين النصوص. ورجع التعارض لمجرد الوضع في سياق عام يخلو من الدليل إلقاء للكلام على عواهنه. والتعارض في تحليل الشافعي مرده إلى أنساب التعبير أحياناً، يقول: «ورسول الله عربي اللسان والدار، فقد يقول القول عاماً يريد به العام، وعاماً يريد به الخاص».

كذلك يرجع التعارض عند الشافعي إلى أسباب أخرى تتصل بالرواية، حيث قد «يؤدى... الخبر عنه الخبر مقتضى والخبر مختصراً... فيأتي ببعض معناه دون بعض ويحدث عنه الرجل الحديث قد أدرك جوابه أو لم يدرك المسألة فيدله على حقيقة الجواب بمفرته السبب الذي يخرج عليه الجواب» (الرسالة ص 213).

وقد يرجع التعارض إلى فهم الملتقي فقد «يسن النبي ﷺ في الشيء سنة وفيها يخالفه أخرى فلا يخلص بعض السامعين بين اختلاف الحائرين اللتين سن فيها». (الرسالة ص 214).

والخلاصة أن ما وجد فيه الاختلاف في سنة رسول الله ﷺ في تحليل الشافعي: «فلا يعلم أن يكون لم يحفظ مقتضى كما وصفت قبل هذا فيعد مختلفاً ويغيب عنا من سبب بينه ما علمنا في =

مشغولاً من حيث المبدأ بتحقيق وحدة التفكير الفقهي فإنه وجه كثيراً من جهوده لدفع ذلك التعارض. وكان الأساس الأول لهذه المعالجة عنده هو محاولة التوفيق بين نصوص الأحاديث المتعارضة باعتبار أحد المتعارضين مثلاً تخصيصاً للحكم العام الوارد في الحديث الآخر. فإن لم يتيسر هذا فبترجيح أحد الحديثين على الآخر بقوة إسناده. فإن تساوى تماماً لجأ الشافعي أخيراً إلى افتراض نسخ الحديث المتقدم بالمتأخر.

وفى اتصل بتطبيقه لذلك المنهج على التعارض بين القرآن والسنة فإنه يرى أن القرآن لا ينسخ إلا بالقرآن وأن السنة إنما تنسخ بالسنة؛ فلا تنسخ السنة القرآن، لأن وظيفتها تفسيره لا معارضته. كما لا ينسخ القرآن السنة؛ فإن الاحتمال الآخر من شأنه أن يؤدي إلى إبطال دور السنة في تفسيره. ويستدل الشافعي لذلك بأن القرآن لو عارض سنة سابقة عليه لجاءت عن النبي ﷺ سنة أخرى تتفق مع الوحي اللاحق.

وتقدم مسألة من مسائل الوصايا التي مثل بها الشافعي في هذا الصدد نوعاً من التوضيح للعلاقة بين المصدرين التامين المتضمنين للوحي الإلهي. وهذه المسألة تتجاذبها ثلاثة نصوص: أولها الآية القرآنية التي تأمر بالإيصاء للأقربين. وثانيها الآيات القرآنية التي تحدد فرائض الوارثين من الأقارب. وثالثها الحديث الذي يقرر فيه النبي ﷺ أن «لا وصية لوارث»⁽⁷⁾. ولا يمكن حل الخلاف الواضح بين آية الوصية والحديث بافتراض نسخ أحدهما للآخر مباشرة؛ فالحديث إنما يشرح آيات الفرائض بتقرير أن التوازن الذي أثبتته هذه الآيات بين حقوق القربان المختلفة يجب ألا

= غيره، أو ربما من محدث. ولم نجد عنه شيئاً مختلفاً فكشفناه إلا وجدنا له وجهاً يحتمل به ألا يكون مختلفاً وأن يكون داخلياً في الوجه التي وصفت لك» (الرسالة ص 216). وقد كان فهم الشافعي لأسباب التعارض على هذا النحو هو الذي قاده إلى توضيح الحلول التي ذكرها المؤلف فيما يلي ذلك بإيجاز شديد.

وما قصدت أن آيته بهذا التعليق أن التعارض والترجيح بين النصوص من المباحث الدقيقة في علم الأصول، وأن الوعي بقواعدهما والقُدرة على تطبيق هذه القواعد من أهم ما يميز أصحاب المذاهب الفقهية المشهورين في تاريخ الفقه الإسلامي. فلا يجدي في فهم التعارض والترجيح إشارة المؤلف العابرة هنا في سبب التعارض إلى السنة. أرجع مثلاً لإرشاد الفحول للشوكاني ص 273 وما بعدها، والمواقفات للشاطيء 294/4 وما بعدها.

(7) رواه الدارمي وأبو داود وأحمد في المسند وابن ماجه والبيهقي. وقد ذكر الشيخ أحمد عجمي شاكراً في تحقيقه للرسالة ملاحظات طيبة تتصل بطرق رواية هذا الحديث وحكم الحديثين عليه بالصحة. الرسالة للشافعي هامش ص 140 وما بعدها.

بضطرب بوصية تزيد نصيب أي منهم، وإن كان يكشف كذلك عن نسخ آية الوصية بآيات الفرائض، أو عن نسخها في الأقل بالنظر إلى هؤلاء الأقارب الذين ينالون بالفعل نصيباً معيناً من الميراث.

ونحمد قاعدة عدم نسخ السنة بالقرآن حقيقة موقف الشافعي، إذ يعني قبول نسخها به اعترافاً - على نحو قد يكون أكثر صراحة - بمبدأ من مبادئ المدارس الباكورة المتمثل في إمكان عدم قبول أحاديث النبي ﷺ إذا خالفت روح القرآن، وهو ما هدف الشافعي إلى تقويضه.

وثالث مصادر الفقه عند الشافعي هو الإجماع. وهنا كذلك يلتقط الشافعي المفهوم السائد ليعطيه مضموناً جديداً بقصد تحقيق الوحدة للنظر الفقهي. فيرى - بعد أن رفض أية حجية في اتفاق فقهاء مصر من الأمصار - أن الإجماع لا ينبغي صحياً إلا في حالة واحدة فقط تتمثل في اتفاق أمة المسلمين كافة سواء الفقهاء والعوام⁽⁸⁾ على حكم من الأحكام. ومن الواضح أن الشافعي لا يرى مثل هذا الإجماع مصدراً فقهياً ذا أهمية في الاستنباط الفقهي؛ فمجاله منحصر واقعاً فيها لا بد لكل مسلم من معرفته، كأداء الصلوات اليومية. وعلى حين يقرر الشافعي نظرياً أن أمة المسلمين لا يمكن اتفاقها أبداً على أمر يعارض القرآن أو السنة فإنه يعترف كذلك بتوقف انعقاد مثل هذا الإجماع عملياً بعد انتشار الإسلام خارج حدود المدينة. ويندو رأيه في مسألة الإجماع سلباً إلى حد كبير، كأنما كان القصد من صياغته على هذا النحو هو رفض حجية الإجماع الخاص بمصر من الأمصار ورفع الخلاف الفقهي الناتج عنه.

والمصدر الرابع والأخير عند الشافعي هو «القياس». وكان استخدام العقل الإنساني بمعناه الواسع قد اصطلاح على تسميته بالاجتهاد. ويشمل هذا الأخير كثيراً

(8) يستتج المؤلف دخول العوام في أهل الإجماع من الأمثلة المحدودة التي ذكرها الشافعي. والحق أن عبارة الشافعي فيما يمكن أن تفهمه لا تفيد اعتبار العوام من أهل الإجماع. يقول الشافعي: «ولست أقول ولا أحد من أهل العلم هذا مجتمع عليه إلا لما لا تلقي علماً أبداً إلا قاله لك وسكاه عن قبله كالظاهر أربع وكثير من الحمر وما أشبه هذا. وقد أجده يقول المجمع عليه وأجد من المدينة من أهل العلم كثيراً يقولون بخلافه، وأجد عامة أهل البلدان على خلافه» [الرسالة ص 535] فتبينه (علماً) ولأهل العلم يوحى بالانحصار أهل الإجماع عنده في مجتهدي العلماء. ويتفق ذلك مع جوانب كثيرة في أصوله؛ فقد صرح بحرمه النظر الفقهي عن لم يستجمع آتته. كما إن هذا هو ما فهمه عنه تلاميذه وأتباعه في تحديدهم لأهل الإجماع في أصول الملعب الشافعي. ولم يعتبر الغزالي الإجماع عمكناً بالنسبة للعوام إلا في المسائل التي تتفق مع قدرتهم على التفكير.

من جوانب العمل العقلي ابتداء من تفسير النصوص إلى النظر في حجية الأحاديث، ومن ثم فإنه أعم من القياس لكونه المنهج الذي تتسع به أحكام القرآن والسنة والإجماع لتشمل المشكلات التي لم تتناولها هذه المصادر صراحة. فدور الاجتهاد بهذا إنما هو ثانوي وتابع لأحكام الوحي الإلهي؛ ويجب أن يعتمد القياس على أصل في القرآن أو السنة أو الإجماع، فلا يمكن الوصول به إلى حكم معارض لما ثبت بواحد من هذه المصادر الثلاثة المتقدمة عليه.

على أن الفقهاء السابقين على الشافعي قد عرفوا القياس على نحو جيد، ولكنهم استخدموا إلى جانبه أشكالاً من النظر العقلي أقل انضباطاً، عرفت أول الأمر «بالرأي» ثم «بالاستحسان» في الاصطلاح الأكثر تقدماً. وقد أدى هذا بالضرورة إلى كثير من الخلاف في النظر الفقهي. وبإبطال الشافعي أشكال النظر غير المنضبطة هذه، وبإصراره على مشروعية القياس دون غيره، فإنه كان يتابع سيره نحو هدفه المنشود وهو تحقيق وحدة الفقه. وقد استمر ظهور الخلاف في الرأي الفقهي وإن قل عما كان عليه بطبيعة الحال. ويعترف الشافعي نفسه بذلك في تلخيصه الموجز لنظريته القانونية وللهدف الذي استلهمه حيث يقول: «وما كان لله فيه نص حكم أو لرسوله سنة أو للمسلمين فيه إجماع لم يسع أحداً علم من هذا واحداً أن يخالفه، وما لم يكن فيه من هذا واحد كان لأهل العلم الاجتهاد فيه يطلب الشبه بأحد هذه الوجوه الثلاثة... فإن ورد أمر مشتبّه يحتمل حكّمين مختلفين فاجتهد بأحد هذه الوجوه الثلاثة... فإن ورد أمر مشتبّه يحتمل حكّمين مختلفين فاجتهد فخالف اجتهاده اجتهاد غيره وسعه أن يقول بشيء وغيره بخلافه، وهذا قليل إذا نظر فيه»⁽⁹⁾.

لقد اعترف تاريخ الفكر الفقهي على نحو كاف بدور الشافعي وأبوته لعلم أصول التشريع الإسلامي، وقورنت مكانته في هذا العلم بمكانة أرسطو في الفلسفة. غير أن عبقرية الشافعي لا تكمن في تقديم مفاهيم جديدة تماماً، كما حاولنا إيضاحه فيما سبق، بل في إعطاء الأفكار القائمة ألفاً جديداً بإبرازها وإقامة ضرب من التوازن بينها وصهرها جميعاً في إطار منهجي متكامل خاص بأصول الفقه على نحو لم يحدث من قبل. وقد دفعت نظريته حجية الأحكام إلى أفق أعلى بكثير، سعيًا إلى إبطال الاختلاف في النظر التشريعي السائد، وذلك بتحويلها الأسس المحلية والمحدودة لفقه المدارس الباكورة إلى مفاهيم صالحة للتطبيق والإلزام العامين لجميع المسلمين.

(9) كتاب جماع العلم للشافعي... نشر ضمن كتابه الأم 261/7.

ويمثل البناء المنهجي للشافعي أيضاً نوعاً من التوفيق بين دور الوحي الإلهي والعقل الإنساني في التشريع، ومن ثم فقد بذل جهده لحل الخلاف الأساسي ذي الطابع الأصولي بين أهل الحديث وأهل الرأي في المدارس الباكورة. فكانت نظريته الأصولية هي التعبير المنطقي المقبول عن المطالب الذاتية للتشريع الإسلامي. ولهذا السبب وبما أتاحه الشافعي من عرض ممتاز بقدرته غير العادية في الدأب والتركيز على الهدف فقد تأكد لها النجاح. على أن الفكر الأصولي بعد ذلك قد طور بدرجة ملحوظة - كما سنرى - آراء الشافعي وخاصة في إعادة ترتيب العلاقة بين الأجزاء المؤلفة لنظريته، وإن لم يناعز أحد بعده في صحة مبادئها الأساسية المتمثلة في أن أحكام الشرع مبنية على وجه من الدقة يفوق ما كان قد تكشف للناس قبل ذلك، وأن البيان الأسمى لحكم الشرع إنما هو في سنة النبي ﷺ وعمله، وأن دور العقل الإنساني في التشريع ووظيفته ثانوية وتكميلية. لقد التقت في عمل الشافعي روايد متنوعة من النشاط الفقهي الباكر، وما إن تبوأ هذه الروائد أن تتألف بفضل جهوده حتى تدفقت في سلاسة إلى الإمام على امتداد هذا المجرى الذي بناه⁽¹⁰⁾.

(10) خصص المؤلف هذا الفصل لبيان جهود الشافعي الأصولية وأهم ما يميزها. وراي المؤلف أن الشافعي قد أضاف إلى النظر الفقهي في الفروع إضافات هامة. غير أن أخطر إضافاته إنما تمثل في وضعه علم أصول الفقه، وحصره أدلة الأحكام الشرعية في أربعة أصول: أولها: كتاب الله عز وجل. وهنا يرى المؤلف أن الفقهاء قبل الشافعي لم يناعزوا في وجوب الالتزام بأحكام القرآن. غير أن الشافعي قد أضاف إلى هذا الموقف إضافة هامة تمثلت في أن القرآن قد حدد للفقيه - كذلك - المسلك الذي يجب أن يتبعه في أخذ الأحكام من السنة والإجماع أو تعدية هذه الأحكام لتشمل حالات جديدة بالقياس.

ثانيها: السنة. وفي ذلك يعبر كولسون عن اعتقاده - متنبياً ما أخذ به أستاذه وشاخته - بأن الشافعي هو الذي رفع الاحتجاج بالسنة إلى مرتبة لم تكن لها عند السابقين عليه. وقد أراد أن يستنتج من مقولة «شاخته» بعض ما قد تنضي إليه ليدعم فكرته، فقرر أن بعض أئمة الفقه مثل مالك لم يكونوا يرون أنفسهم ملزمين باتباع السنة في كل الأحوال. وينبغي أن نشير هنا إلى أن أستاذه نفسه قد عارض هذا الاستنتاج في تعليقه على كتاب كولسون هذا.

والحق كما سبق أن ذكرنا أن مالكا ما كان يرد السنة إذا ثبت لديه صحتها، بل كان يرد ثبوت المروي وصحته عن رسول الله ﷺ إذا عارض أصلاً أقوى منه. ومع أن الشافعي لا يرى عرض خبر الواحد من السنة إذا صح على الكتاب فإن موقفه لا يختلف كثيراً عن موقف مالك؛ فعند الشافعي أن الخبر إذا كملت شروط صحته لم يتضمن مخالفة للأصل الأول وهو الكتاب. فالخلاف ليس أساسياً على ما ذكر الشاطبي في الموافقات : 19/3 وما بعدها.

ثالثها: الإجماع. وقد بين المؤلف هنا رفض الشافعي للإجماع المحدود ببيئة فقهية معينة، وانتقاله

= به إلى دائرة أوسع تمثل في اتفاق المسلمين جميعاً. وقد سبقت إشارة ما قد يرد على فهم المؤلف لدخول العوام في أهل الإجماع في تحديده له عند الشافعي. والحق أن المؤلف لم يفهم الفرق بين الإجماع الاصطلاحي الخاص بأصول الفقه والإجماع بمعناه الواسع الشامل. وسيظهر أثر هذا الاضطراب في الفصل التالي عند حديثه عن هذا الأصل.

ورابعها: القياس الذي أراد به الشافعي ضبط الاجتهاد الفقهي واستبعاد انقراطه غير المنضبطة، مثل الاستحسان والمصالح المرسلة. وقد بين المؤلف معرفة الفقهاء الوثيقة بالقياس قبل الشافعي ليقرر أن العمل الأسامي لهذا الإمام هو حصر الاجتهاد في القياس عند محاولة توسعة الحكم الشرعي وتعليته إلى فروع جديدة.

لقد هدف الشافعي - في تقدير المؤلف - إلى تحقيق وحدة النظر الفقهي والبعد به عن الخلاف. وفي هذا الفصل بعض النتائج الجيدة وإن اختلطت بأوهام كثيرة نبهنا عليها في حينها.

الفصل الخامس

توقف مراحل النمو

صارت السنة في القرن الذي تلا وفاة الشافعي [الثالث الهجري] هي الموضوع الأساسي الشاغل للاهتمام، وتحديد التطور التشريعي آنذاك بموقف العلماء من هذا الركن الأساسي في نظرية الشافعي. وقد تنوعت مواقفهم المبدئية - إذا حكم عليها بمعيار من آراء الشافعي نفسه - في هذا الخصوص، فمن القبول الفاتر إلى التأييد الحار. غير أن أحداً لم يرفض مذهبه على نحو سافر، إلا أن يكون المؤرخون للفقه في هذه الفترة لم يحفلوا بتدوين أساء الرافضين لها ونقلها لمن بعدهم إن كان أحد قد رفضها بالفعل. ويبدو أن الفكر الفقهي بوجه عام قد نجح حوالي سنة 900 م [287 هـ] في صياغة فكر الإمام الشافعي صياغة مقبولة في عمومها.

إن الملمح البارز لهذه الفترة هو غو علم مستقل للحديث له مدوناته الخاصة به. فقد عكف جمع من العلماء المتخصصين على جمع الحديث وتوثيقه وتصنيفه. ولم يكن هؤلاء المحدثون فقهاء بالمعنى الكامل للكلمة بقدر ما كانوا رواة للمادة الفقهية يتحملونها ثم يؤدونها إلى الفقهاء الذين يقع عليهم واجب تقريمها وإكمالها في إطار بناء تشريعي أشمل⁽¹⁾.

(1) ليس هذا صحيحاً على إطلاقه؛ فقدره المحدثين الفقهية واضحة في ترتيبهم الدقيق للأحاديث والآثار حسب مضامينها وموضوعاتها، كما تتضح هذه القدرة فيما اختاروا من عناوين لأبواب الحديث التي تشير إلى آراءهم الفقهية على نحو ضمني. ولم يكن غريباً لهذا أن يؤسس أحد الأفاضل =

لقد أسفرت الرحلات الكشفية في طلب أحاديث النبي ﷺ عن مقدار كبير منها. وكان الفكر الإسلامي على وعي كامل باحتمال التلطيخ والوضع فيها. غير أن أحكام النبي ﷺ كانت قد اعتبرت آنذاك وحياً إلهياً، ومن ثم لم يعد يصح معارضة متن الحديث نفسه بنقده موضوعياً أكثر مما يصح ذلك بالنسبة لنص القرآن نفسه. فالتحصر البحث في سلسلة الرواية للحديث أو الإسناد⁽²⁾ فحسب، فقامت القواعد

للمحدثين - أحد بن حنبل - مذهباً ينتسب إليه. والملكة الفقهية للبخاري ومسلم واضحة كل الوضوح. وتضع كتب الطبقات كثيراً من المحدثين في مرتبة المجتهدين. للاستزادة في ذلك انظر كتاب الأستاذ الدكتور عبد المجيد عمود: الاتجاهات الفقهية للمحدثين. (2) لم ينحصر البحث في الحديث في الرواة أو الإسناد مطلقاً. فقد جرى البحث في منته منذ عصر الصحابة. نلتصّر ذلك فيما يروي مثلاً عن ردة عائشة لحديث «إن الميت ليمدب ببيكاه أهله عليه» بقوله تعالى: «وَالَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى» [سورة النجم: 39، 38]. وهناك أمثلة أخرى ذكرها الشاطبي في الموافقات 19/3 وما بعدها. وهناك مظهر آخر لقد متن الحديث يتمثل في الترجيح بين الأدلة الذي يكاد يكون المحور الأساسي للاجتهاد الفقهي الحقيقي، والذي يشمل فيما يتصل بالسنة كلا من النظر في السند والمتن والدلول وأمر أخرى خارجية. أما بالنسبة للسند فقد ذكر الشوكاني في الإرشاد [ص 276 وما بعدها] اثنين وأربعين طريقاً للترجيح بهذا الاعتبار. وأما بالنسبة للمتن فقد ذكر الشوكاني في المرجع نفسه [ص 278 ت وما بعدها] ثمانية وعشرين طريقاً للترجيح، فضلاً عما ذكره مما يزيد عن عشرين وجهاً للترجيح باعتبار الدلول والأمور الخارجية. ويتراوح ما يتصل بمضمون الحديث بين النظر في لغته وما احتف به من قرائن وموافقه لأدلة الشرع الأخرى وما إلى ذلك من مرجحات لا تتصل بسند الحديث، بل بمجته. وهذا الذي ذكره الشوكاني المترفي بعد الشافعي بعشرة قرون ونصف هو ما تردده كتب الأصول المختلفة، وهو ما يعتمد عليه الفقهاء في حجاجهم ومناظراتهم في كتب الفروع، فمن الغريب إذن أن يقرر المؤلف ما قرره وعلى هذا النحو من الجرأة معتمداً على ما ذكره عن موقف مالك من حديث خيار المجلس. وثمة أمر آخر، هو أن المحدثين قد تعرضوا للمتن ولم ينفوا عند الإسناد شأنهم في هذا شأن الفقهاء والأصوليين، ويكفي في هذه العجالة الإشارة إلى العلل التي تقفح في الحديث مما يتصل بالمتن، ومنها ما سموه بالشدوذ والاضطراب والإخراج والقلب والتصحيح والغرابة وغير ذلك. انظر مثلاً: قواعد التحديث للقماسي ص 123 وما بعدها. وهكذا فإن الفقهاء والمحدثين قد تعاونوا على تمييز الأحاديث الصحيحة من الزائفة بالنظر إلى الرواة والمرويات معاً. ويتضح هنا أن المؤلف تجاهل جانباً كبيراً من جهود الفقهاء والمحدثين ليصل إلى هذه النتيجة المبصرة التي أرادها. وفي عبارة ابن دقيق العيد أنهم «كثيراً ما يحدون بالوضع باعتبار أمور ترجع إلى المروي وألفاظ الحديث» قواعد التحديث ص 165. وقد روي الخطيب عن أحد التابعين قوله: «إن الحديث ضوؤه كضوء النهار يعزف وظلمة كظلمة الليل تنكرو». السابق ص 165. ولا شك في أن ما قاله المؤلف هنا بعيد تماماً عما يقتضيه البحث الجاد.

المشابهة لتقويم حجية الأحاديث على هذا الأساس .

وهكذا تقررت الثقة بالأحاديث شكلاً بالاعتماد على تلك المعايير المعروفة الحاكمة لصحة البيّنات في المحاكم؛ إذ يجب في الشاهد كي تقبل شهادته أن يتمتع بصفة العدالة، وكان النظر القانوني قد أبدى نوعاً من التزمّت البالغ في الحكم باستجماع عناصر هذه الصفة. فعلى سبيل المثال رفض قاض مصري (حوالي سنة 795 م) [177 هـ] قبول شهادة شاهد كان معروفاً قبلاً بعدالته، لأنه طرب فرحاً بغناء جارية. غير أن هذه المقاييس الجافة لا يمكنها أن تحكم دائماً قبول الأحاديث أو رفضها فالمفترض في الشاهد - ويتبعه الراوي - أنه عدل حتى يثبت العكس، كما أن من الصعب للغاية تطبيق معايير اختبار الشهود على الرواة من أجيال سابقة لتزكيّتهم. ويضاف إلى ذلك أن الراوي لا يمكن رميه بالتحيز مثلاً يمكن في الشاهد. ولهذا الأسباب فإن قياس الراوي على الشاهد قياس سطحي؛ ومن ثم فإن موازين نقد الحديث التي صاغها العلم الإسلامي لا يمكنها أن تقدم أي اختبار حقيقي لصحة الرواية⁽³⁾.

وما إن ثبتت الثقة برواة الأحاديث حتى صُنفت هذه إلى درجات متنوعة حسب قوة إسنادها. فإذا ما انقطع اتصال الرواة - أي حين لا يمكن التّقاء حلقتين متتابعتين في سلسلة الرواة تاريخياً - فإن هذا الانقطاع يتقصّ قطعاً من حجية الحديث وإن كان لا يبطلها بالضرورة. وإذا نحينا جانباً مثل هذه الاعتبارات فإن المعيار البسيط لهذا التصنيف هو عدد المحملين للرواية في كل جيل. إن ميزان الحجية قد بدأ من «خير الواحد»، وعلا إلى «الحديث المشهور» ليلبغ أبعد مدى له في «الخبر المتواتر» الذي يكون عدد رواته كبيراً إلى الحد الذي ينتفي معه أي احتمال للموضع أو التواطؤ.

وفي الجزء الأخير من القرن التاسع الميلادي قدم العلم في هذا المجال مصنفات عديدة ادعت أنها قامت بتحرير صحيح الحديث من غيره. وقد نعم اثنان من هذه المصنفات على وجه الخصوص بشهرة فائقة في الفقه الإسلامي على الدوام باعتبارهما

(3) مجرد قول لا دليل عليه، وخطؤه هنا مترتب على الخطأ الذي ناقشته في التعليق السابق، كما أن للوازنة بين الرواية والشهادة ليست تامة من كل الوجوه في اعتبار المحدثين لشروط الرواية. والخلاصة أن معاييرهم كانت دقيقة تكشف في مجملها عن صحة الحديث أو زيفه. انظر في ذلك: السنة قبل التدوين للدكتور محمد عجاج الخطيب.

جامعين صحيحين لسنة النبي [ﷺ] ، وهما صحيح البخاري (ت 870 م) [256 هـ] وصحيح مسلم (ت 875 م) [261 هـ].

ولعل هذا الموضوع أنسب من غيره لشرح الموقف الذي تبناه هذا الكتاب - حسبما يسمح حيز الدراسة - في المشكلة الجدلية المتعلقة بصحة صدور الأحاديث⁽⁴⁾ عن النبي [ﷺ].

إننا نأخذ بوجهة النظر المتمثلة في أن أبحاث «يوسف شاخ» غير مرفوضة في أسسها⁽⁵⁾ العامة، وأن القدر الأعظم من المادة التشريعية المنسوبة إلى النبي [ﷺ] منحولة وناتجة عن نسبة الأراء الفقهية إلى فترة سابقة على ظهورها كما سبق أن أوجزنا. ومع ذلك وكما سبق أن أشرنا فإن القرآن كان قد أثار قضايا اهتم بها المجتمع الإسلامي اهتماماً مباشراً بطبيعة الحال، ولا بد أن النبي [ﷺ] نفسه اضطر لتناولها بحكم سلطته السياسية والتشريعية في المدينة. ولهذا فحينما تصل دراسة «شاخ» منهجياً إلى حد تقدير أن «مدلول أحاديث الأحكام يرجع بنا إلى حوالي سنة 100 هـ - 719 م ليس إلا»، وحينما يحدد صحة كل حكم منسوب في الواقع للنبي [ﷺ] فإن فجوة سنشأ - أو تختلق بالأحرى - في تصور تطور التشريع الإسلامي في المجتمع المسلم الباكر. ومن منطلق واقعي ونأخذ الظروف التاريخية السائدة آنذاك في الحسبان فإنه يبدو من الصعب التسليم بهذا الفهم المؤدي لمثل هذه الفجوة. وليس هذا اقتراحاً بأن سلسلة رواية (إسناد) هذا الحديث أو ذاك صحيحة، فمن الواضح أن الأمر في الغالبية العظمى من الحالات ليس كذلك، بل هو اقتراح بأن مادة أحاديث كثيرة - وبخاصة تلك التي تتناول مشكلات يتكرر ظهورها وتثيرها التشريعات القرآنية - قد تعير حقيقة في أقل تقدير عما يقترب من حكم النبي [ﷺ] الذي حفظه النقل الشفهي العام في أول الأمر. ولئن كانت هذه المقدمة الواقعية مقبولة فإنها ستقدم أساماً معقولاً للنظر التاريخي المتمثل في وجوب قبول كل حكم منسوب للنبي [ﷺ] بصفة مبدئية على الأساس المقترح إلا إذا أمكن تقديم سبب ما يوجب اعتباره منحولاً.

ولعل مناقشة مسألة العيب الستة مما يساعد على توضيح المشكلة المطروحة. إن تنفيذ حق التصرف بالوصية بالألا يزيد عن ثلث التركة قد ذكرنا فيما سلف أنه حكم للنبي [ﷺ] استدعته الطبيعة الملحة والعملية للمشكلة. ومن ناحية أخرى يرى

(4) القضية التي يتناولها المؤلف هي قضية صحة صدور الأحاديث عن النبي [ﷺ]، فليتبها لهذا.

(5) أشرت إلى هذه الأسس في هامش سابق.

«شاخت» أن أصل هذا الحكم أموي، ويذكر سببين لاستنتاجه. وأولها هو أن الأصل الأموي لهذا التقييد معبر عنه في موطأ مالك صراحة، حيث يروى أن رجلاً على فراش موته اعتق ستة عبيد كانوا كل ثروته، فأقرع بينهم أبان بن عثمان وحرر الاثنين الفائزين في القرعة فحسب. وثانيهما أن الحديث بإسناده الكامل المرفوع إنما يعود تاريخه إلى القرن الثاني الهجري، فإن الشافعي يذكر أنه الدليل الوحيد الذي يمكن توجيهه ضد مذهب طاوس في مسألة أخرى من مسائل الوصية. وسواء كان الرأي المنسوب إلى طاوس صحيح النسبة إليه أو لا فإن الحديث لا يمكن أن يكون نشأ في عصر طاوس المتوفي تاريخياً سنة 100 هـ - 720 م.

ومع احترامنا لهذا الاستدلال فإن الدليلين المذكورين لا يثبتان الأصل الأموي لهذا الحكم على وجه القطع بأية حال. فلما يسجل خبر مالك الأول حكم والـ أموي فحسب، دون أن يفيد صراحة أن أبان كان أول من أنشأ هذا الحكم. ويمكن أن يقال أيضاً بأنه لا يفيد ضماناً. كما أن الموطأ في أساسه مؤلف يتضمن في المدينة السائد في عصره، ولا يهتم على نحو مبدي بإثبات الأصل الشرعي لهذا الفقه. فهذا التقرير اليسير المتكرر في مظان متفرقة من الموطأ بأن حكماً ما موضع الاتفاق أو أنه العمل السائد لا يقدم لهذا الحكم مجرد أساس فقهي يصح الاستناد إليه، بل يقدم غالباً أهم أساس فقهي لدى صاحب هذا الكتاب.

وقبل تقديم جوانب الدليل الثاني لشاخت فإن من الضروري أن نتأمل - على نحو أكثر تفصيلاً - السياق الذي ورد فيه هذا الحديث في رسالة الشافعي. ولقد كان اهتمامه ثمت بمشكلة عامة تتمثل في حل التعارض بين نصين قرآنيين بافتراض أن أحدهما ينسخ الآخر. وقد يكون افتراض النسخ مبنياً بالقرآن نفسه ولا قبالة. والبيان بالسنة هو الواقع في مسألة الميراث؛ إذ يرى الشافعي أن نسخ الأمر بالإيصاء للأقربين بنظام الفرائض المحددة لهم مبين بقول النبي ﷺ: «ولا وصية لوارث». ويضيف الشافعي إلى ذلك أنه بالرغم من كون وجوب الإيصاء للأقربين الذين ينالون في الواقع نصيباً من الميراث قد انتسخ فإنه لا يزال قائماً بالنسبة للأقارب غير الوارثين.

وهنا جاء اسم طاوس على أنه ممن يقول بهذا الرأي الأخير، بل إنه ذهب أبعد من هذا ليستنتج أن الوصية لغير هؤلاء الأقارب لا تجوز. وقد رفض الشافعي هذا الاستنتاج الأخير محتجاً بالحديث المتعلق بالعبيد الستة؛ إذ يتضمن أن هبة هؤلاء العبيد حريتهم في مرض الموت كانت تعتبر وصية لا يمكن أن يكون المنتفعون بها وهم العبيد أقارب لسيدهم.

ومن ثم فالاستدلال الثاني لشاخت بأن الحديث لم يكن نشأ في عصر طاوس - إذ لم يكن يستطيع القول بهذا الرأي لو كان قد نشأ - إنما يكون صحيحاً إذا فرضنا:

- 1 - أن طاوساً كان على علم بوجود الحديث.
- 2 - وأنه فسره على النحو نفسه الذي فسره به الشافعي .
- 3 - وأنه اعتبر نفسه ملزماً به . وكل فرض من هذه الفروض عرضة لاعتراض جاد .

إن احتمال عدم معرفة طاوس بحديث موجود في عصر انتقلت فيه السنة بالمشافهة وكانت فيه الصلة بين العلماء غير وثيقة لا ينال من كفاءته العلمية أو دأبه . ثم إنه قد يكون على علم بالحديث غير أنه لم يوفق إلى أن يستنتج منه ذات النتيجة التي وصل إليها الشافعي ؛ إذ إن طاوساً فيما ذكر الشافعي كان يعالج مشكلة المستحقين للوصية لا مقدار مستحقاتهم . كما أن إضافة طاقة الشافعي على التفكير المنهجي بذاتها إلى طاوس وضع له في مركز متفوق على عصره بحوالي مائة عام . والواقع أن الحديث في ظاهره يتناول هبات مرض الموت لا الوصايا ، ولا يظهر لكل أحد بإطلاق أن هذين التصرفين يجب أن يأخذاً جكماً فقهاً واحداً . وقد وجد الشافعي نفسه - كما لوحظ فيما سلف - أن من الضروري إثبات الشبه بينهما في بداية معالجته لهذه القضية . ومع ذلك فقد يعترض بأن من التحكم افتراض أن مضامين الحديث لم تكن واضحة لطاوس ومعاصره . وفي هذه الحالة لن يكون من قبيل الخيال اقتراح أن طاوساً - حتى لو كان مضمون الحديث واضحاً له - لم يعتبر حديث النبي ﷺ مناقضاً لرأيه ، إما لأن هبة الحرية إلى العبيد - بحكم أنهم يعيشون في كنف الأسرة - لا تقع في طبقة الوصية للأجانب تماماً ، وإما لأن تحريم الوصية للأجانب إنما يقع في الحقيقة حينئذ يخلف الميت أقارب لاحق لهم في الميراث . وليس هناك بيان بأن هذا هو الحال في مسألة العبيد الستة . وأخيراً فإن طاوساً لو علم بالحديث حقيقة ووافق تفسيره تفسير الشافعي تماماً فإنه قد لا يرى نفسه ملزماً به ضرورة ، إذ إنه عاش في عصر لم ينظر فيه - كما سبق أن بينا - إلى حجة النبي ﷺ في بيان القرآن باعتبارها قاضية على غيرها ومنحصرة فيه بإطلاق⁽⁶⁾.

ومع افتراض أن واحداً من هذه الاحتمالات السابقة (التي قدرها الشافعي نفسه بالضرورة) قد يرد إلى حد كبير فإن الدليل الثاني لشاخت في حد ذاته غير مقنع . ومع ذلك ففي هذا المثال بخصوصه تبقى الحقيقة أن مسألة العبيد الستة ظهرت لنا

(6) أشرت من قبل إلى أن فقهاء الصحابة والتابعين قد التزموا بحجة السنة .

أول ما ظهرت في الموطأ⁽⁷⁾ حكماً لأبان، ثم نشأت بعد ذلك ببضع سنين وثيقة بالحكم نفسه مضافة إلى النبي ﷺ. ويناسب عدم احتمال وقوع قضيتين متماثلتين على هذا النحو تاريخياً أن واحدة من القضيتين زائفة. وسوف يكون من الموافق للاتجاهات العامة في التطور التشريعي لهذه الفترة أن نستنتج استنتاجاً آخر هو أن هذا الحكم الخاص بأبان قد رجع به إلى الماضي، ونسب زيفاً إلى النبي ﷺ⁽⁸⁾.

غير أننا لو مضينا إلى هذا الحد فإن ذلك لن يستتبع ضرورة أن قاعدة الثلث نفسها ذات أصل أموي. وهذا بالتحديد هو النقطة الأساسية.

لقد كان هناك حديث آخر مشهور يبين أن سعد بن أبي وقاص استفتى النبي ﷺ في مقدار ما يصح له أن يوصى به من ماله في أوجه البر، ولم تكن له إلا بنت واحدة فوضع النبي ﷺ للصبي حد الثلث. ولا يتعرض هذا الحديث للطعون ذاتها الواردة في قضية العبيد الستة. وسوف يكون غريباً في أقل تقدير أن هذا الحديث منحول كذلك لمجرد وجود أحاديث أخرى كثيرة منحولة على النبي ﷺ. إننا لا نستطيع قطعاً أن نعرف على نحو إيجابي ما إذا كان طائوس عالماً بهذا الحديث أو لا، غير

(7) ورد هذا الحكم في تنوير الحوالك شرح موطأ مالك 230/2.

(8) الحديث مروى بإسناده عن عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أوصى عند موته فاعتق ستة ممالك ليس له مال غيرهم، أو قال أعتق عند موته ستة ممالك ليس له شيء غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال فيه قولاً شديداً، ثم دعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء فأقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة.

ورواه أحمد في المسند 438، 426/4 وفي مواضع أخرى، ورواه مسلم 22/2 وأبو داود 50/4 - 51 والترمذي 255/1 والنسائي 278/1 وابن ماجه 31/2.

فالحديث إذن مروى في أكثر كتب السنة. ومن ثم فما الذي يمنع أن تتكرر القضية ذاتها والحكم نفسه في عصر النبي ﷺ وأيام الحكم الأموي؟ بل إن من الطبيعي جداً أن تتكرر في ظروف مجتمع واحد. أما أن يختار مالك رواية حكم أبان دون حكم النبي ﷺ فإن هذا يتفق مع اتجاهه العام الصريح في رواية السنة. فالموطأ ليس جامعاً للحديث. ومن ناحية أخرى كان كثير من الفقهاء يتحرجون تخرج صاحب الموطأ فيؤثرون الرواية عن الصحابة والتابعين على غيرها. وهكذا فإن ظهور حكم أبان في الموطأ لا يستلزم - لا منطقاً ولا واقعاً - عدم وجود حكم للنبي ﷺ في مسألة شبيهة تماماً.

ويقتضي الإنصاف أن أذكر أن أبا حنيفة - فيما ينقل الشاطبي - رد هذا الخبر، اعتقاداً منه بخالفته الأصول. وعبارة الشاطبي أن أبا حنيفة ورد خبر القرعة لأنه يخالف الأصول، لأن الأصول قطعية وخبر الواحد ظني، والاعتق حل في هؤلاء العبيد، والاجماع منعقد على أن العتق بعد ما نزل في المحل لا يمكن رده، فلذلك رده المواقفات 23/3، 24.

أن وجهة نظره في المستحقين للوصايا كما نقلها الشافعي إنما يتيسر إدراكها إذا افترضنا أنه لا بد أن يكون قد اعترف بحد ما للتصرف بالوصية، وأنه لم يستطع أن يتجاهل السؤال عن حلهما المتعين. وعلى أي وضع فمن الواضح تماماً أن الشافعي علم بحكم الثلث وقبله من أصل آخر غير قضية العبد الستة؛ فإنه بعد ذكره لهذه القضية بدأ حجابه المخالف لرأي طاوس على النحو التالي: «فكانت دلالة السنة [في حديث عمران بن حصين] كما بينه بأن رسول الله أنزل عتقهم [أي العبدین] في المرض: «وصية»⁽⁹⁾، فمن أين أخذ الشافعي هذا البيان إلا من حديث آخر يتضمن التحديد بالثلث؟

ومن هذا الدليل المتاج فإن التطور اللاحق يمكن أن يقدر على نحو معقول. ففي التقنين لمشكلة آثارها الأحكام القرآنية نفسها حد رسول الله ﷺ حدًا هو الثلث. وفيما بعد أخضع الفكر الفقهي الهبات التي جرت في مرض الموت لهذا التحديد ذاته. ثم نسب حكم خاص بهذا المعنى على نحو زائف إلى النبي ﷺ⁽¹⁰⁾.

ويجب أن يكون من المؤكد أن مثلاً واحداً كهذا لا يمكن أن ينال من الصحة الأساسية لبحث شاخت. غير أن منازعته في النتائج التي انتهى إليها في هذه القضية تثير التساؤل حول مدى هذه الصحة. ومضى ثبوت الطبيعة الانتحالية للغالبية الكبيرة من الأحكام المنسوبة للنبي ﷺ فإنه سيكون مبدأ مقبولاً ومسلماً به تماماً أنه لا يمكن الأخذ بالمضمون الكامل لكل حديث بحسب ما تفيد ظاهراً عبارته. غير أنه لا يمكن الانتقال من هذا على نحو موضوعي إلى القول بأن كل الأحاديث ينبغي أن تعتبر منقولة حتى تثبت صحتها بطريق إيجابي. وإذا سلمنا يقيناً بأساليب طرح الرأي الفقهي على الماضي وانتحال إسناد له فسيبدو أن المعيار الهام للغاية إنما يتمثل في النظر إلى الموضوع الأساسي للأثر. فعين يعبر الحكم التشريعي المصرح به في أثر ما عن مرحلة متقدمة في تطور النظر الفقهي، أو حين يتعلق بمشكلات لا يمكن أن تكون بالتأكيد قد واجهت المجتمع الإسلامي حتى وفاة رسول الله ﷺ فإن افتراض زيفه غالب. لكنه حيناً يتناسب طبيعياً على العكس من ذلك مع ظروف مجتمع النبي ﷺ في المدينة فحينئذ يجب قبوله مبدئياً باعتباره صحيح النسبة، ما لم يظهر سبب يقضي بغير ذلك. ومرة أخرى فإن هذا الاقتراح لا يتعلق إلا من وجه ضئيل بقضية صحة

(9) الرسالة للشافعي ص 144 تحقيق شاکر.

(10) نوقشت هذه الشبهة في التعليق السابق قبل قليل.

الإسناد، فإنه قد يكون مزيفاً إلى حد كبير، بل إنه لذلك في الواقع عادة⁽¹¹⁾. وينطبق هذا أيضاً على السياقات المفصلة المحيطة بالحكم، فقد تكون مزيفة أو غير دقيقة، وليست سوى تحسينات لإشباع مقتضيات الشكلية التي كانت لها هذه الأهمية في ذلك الوقت⁽¹²⁾:

ومهما يكن الأمر فقد قبل التشريع الإسلامي مجموع الأحاديث التي أنتجتها أنشطة المحدثين في القرن التاسع الميلادي [الثالث الهجري] باعتبارها صحيحة. ونعود إلى ما كان لها من أثر على التطور التشريعي.

(11) هنا يعود المؤلف إلى طريقته في إلقاء الكلام على عوامته، ليثبهم المحدثين بتزييف ما أحفوه بالنسبة من إسناد. وأذكر القارئ بقول المؤلف قبل قليل إن المحدثين ركزوا جهودهم على النظر في الإسناد دون أن يحفلوا بنقد المتن، الأمر الذي ناقشناه فيه قبل قليل، وهو يعود هنا إلى إلقاء شبهة أخرى تتعارض مع شبهته السابقة. ومن مجموع كلامه يبدو أن المحدثين كانوا يصنعون إسناداً مزيفاً يقومون بنقله بعد مدة ليتعرفوا إن كانت الأساء التي أضافوها تتصف بالعدالة وال ضبط. إن المؤلف مضطرب على نحو واضح؛ فإنه لا رأى أن تشكك وشاكت في السنة لا يستقيم مع ضرورة وجود أساس للتطور الفقهي في القرن الأول الذي كان عماد هذا التطور في القرون التالية - اضطر لرفض رأي أستاذه. غير أنه عاد بعد ذلك ليردد ما قاله هذا الأستاذ فيها يتصل بالإسناد. وقد كان عليه ليتسقى مع نفسه أن يصل إلى نتيجة مختلفة تماماً. فإن قوله بوجوب الاعتقاد بصحة الحديث مبدئياً إلا إذا ظهر عليه غير ذلك يقتضي أن هذا الحديث قد انتقل شفاهة - قبل التدوين - من راو إلى آخر، ومن المنطقي أن يعرف المتحمل اسم من تحمل عنه، وأن يحرص على ذكره مع ما يرويه عنه. ولم تكن المهمة صعبة؛ فكثير من الرواة يروون عن أساتذتهم أو أقرانهم أو من يعرفونهم، ولو كان الأمر على ما ينزههم المؤلف من تعمد التزييف للإسناد لما حظي بهذه الأهمية التي نالها عند المحدثين، ولما تمعوا كل هذا التعب في نقد الرواة، والتأليف في أحوالهم من المرح والتعديل..

وهكذا فإن على المؤلف أن يختار بين متابعتها لأستاذه شاكت أو ينفلت تماماً من أسره، بعد أن رأى قصور آراء هذا الأستاذ عن تقديم صورة واضحة لتطور الفقه الإسلامي في القرن الأول وما بعده.

(12) هذه التفاصيل المحيطة بالحكم في الحديث دليل يقظة الراوي وضبطه، ودليل معرفته بالظروف الحية التي صدر فيها، وهي دليل دقة لا دليل اتهام. فكان المؤلف يريد أن يبرر الحديث من عنصر قوته الثاني وهو هذه السياقات بعد أن جرب تجريده من عنصر قوته الأول وهو الإسناد. والغريب أن المؤلف يسوق كلامه هكذا عرضاً وبدون أدنى محاولة لإقامة دليل واحد، وكان الأمر يسير لا يحتاج إلا إلى إلحاقه بما يسميه دواعي الشكلية أو مقتضياتها. فهل هذا هو البحث العلمي؟

لقد أرسيت نظرية الشافعي نوعاً من التوفيق بين أوامر المشيئة الإلهية واستخدام العقل الإنساني في التشريع. غير أن آماله في أن هذا الاعتدال من شأنه أن يحل الخلافات القائمة ويحقق وحدة الفقه قد ضاعت. ففي الواقع أسفرت ردود الفعل المتنوعة لبحثه في حجية السنة عن قيام ثلاث مدارس فقهية أخرى بالإضافة إلى تلك التي كانت موجودة في عصره.

فهؤلاء الذين استعدوا لقبول معتقده بشروطه المحددة في دور السنة كانوا قلة. ومن قبولهم ذلك تم ميلاد المذهب الشافعي رغم نهي الشافعي نفسه عن اتخاذ آرائه مذهباً. وينزل هذا المذهب منزلاً وسطاً بين هؤلاء الذين كان موقفهم أكثر تحوطاً وهؤلاء الذين وصل انتصارهم الحماسي لها إلى آخر مداه.

ومن هذه الجماعة الأخيرة تألف مذهبان فقهيان جديداً يتمثل أساسهما المشترك في رفض اعتبار العقل الإنساني بأي شكل من أشكاله منفصلاً تشريعياً وفي إصرارهما على أن كل حكم تشريعي يمكن أن يجد حجته اللازمة في الوحي الإلهي من القرآن وسنة النبي (ﷺ) أو هديه. أما عن أحمد ابن حنبل (ت 855 م) [241 هـ] - الذي نسب إليه أنه لم يأكل البطيخ أبداً لأنه لم يكن لديه سابقة عن النبي (ﷺ) في ذلك - فقد جمع في عمله الموسوم بالمسند أكثر من ثمانين ألف حديث⁽¹³⁾، ومن ثم أنشأ مذهبه الفقهي. وأما داود بن خلف (ت 883 م) [270 هـ] فإنه لانزعاجه الشديد من التكلف المتزايد في الرأي الفقهي قد عرض مبدأ أن الفقه يجب أن يعتمد على المعنى الظاهر الجلي لنصوص القرآن والحديث، ولذا صار يعرف أتباعه بأهل المذهب الظاهري. ولقد عاب واحد من أبرز أتباعه المتأخرين هو ابن حزم (ت 1064 م) [456 هـ] استخدام القياس الفقهي، مقررأ أنه ضلال وزيف بحدة أفضت إلى حرق كتاباته الموسوعية علناً في أشبيلية.

أما المذاهب الفقهية المؤسسة من قبل - المالكية في المدينة والأحناف في الكوفة - فقد حتم عليهم اهتمامهم بمورثهم المحلي السابق نوعاً من التنازل الحذر لعمل الشافعي⁽¹⁴⁾. ولما كانوا غير راغبين في القيام بمراجعة معصولهم الفقهي السائد في

(13) هذا رقم بالغ فيه تماماً، لا أعرف من أين أتى به المؤلف، وكثير من التقديرات على أن أحمد بن حنبل روى في المسند ثلاثين ألف حديث.

(14) ليس الأمر في الحقيقة على ما يصوره المؤلف، فإن الأحناف والمالكية قد رحبوا بأصول الشافعي، وذلك لأسباب تنبئ إليها المؤلف نفسه، وذكرها عرضاً في سياق كلامه. منها أن أصول الشافعي لم =

ضوء ما تقتضيه المتابعة الدقيقة لأصول الشافعي، وكانوا في الوقت نفسه مضطرين إلى الاعتراف أساساً بصحة هذه الأصول فإنهم سلموا بحجية الأحاديث على نحو مختلف قليلاً، ومن ثم وجدوا أن من الممكن أن يوفقوا بين فقههم الثابت ومقتضيات نظرية الشافعي. ولم يثبت أن مواصلة هذا التوفيق قد واجهت صعوبات بالغة؛ فإن الجزء الأكبر من فقه هاتين المدرستين كان قد عبر عنه في⁽¹⁵⁾ شكل أحاديث.

وكان من السمات المشتركة لفقه هذين المذاهبين كراهيتهما لقبول الطابع المزمع لخبر الواحد إذا خالف الأصول المأخوذ بها عندهما⁽¹⁶⁾. وقد أمكن تقليل أثر الأحاديث التي من هذا النوع بالتأويل، وإن بدا في بعض الأحيان معسفاً مبسراً. فمثلاً لكي يحتفظ الأحناف بحكمهم وهو أن للمرأة البالغة أهلية عقد زواجها فإنهم اضطروا إلى تأويل الحديث القائل: «أيما امرأة زوجت نفسها بدون ولي فنكاحها باطل باطل» على أنه خاص بالإناث الصغار وحدهن. بل إن كلا من هذين المذاهبين قد اعترف بأصول ثانوية للتشريع - وإن كانت مرتبطة بالأساسية - قد يزيد حجيتها على حجية خبر الواحد في نظرهم؛ فالأحناف يرون مشروعية «الاستحسان»، والمالكية بدورهم يتمتعون

= تكن جديدة من أي وجه، إلا في الترتيب والتركيب. وما ذكره المؤلف يتضح أن أحكام القرآن والسنة كانت ملزمة للفقهاء، وكان الإجماع والقياس معروفين لديهم، كما كانوا يعرفون بعض الأصول الأخرى التي رفضها الشافعي. فأي إشكال إذن أن يأخذ الأحناف والمالكية بما أخذوا به من قبل؟ واستمرارهم على العمل بتلك المصادر التي رفضها الشافعي دليل على وضوح منهجهم الأصولي في أذهانهم، وعدم وجود تناقض أساسي بين منهجهم هذا ومنهج الشافعي. ومن هذه الأسباب أن منهج الشافعي كان تعبيراً دقيقاً عن كثير من جوانب مناهج السابقين عليه. فقد تتلمذ هذا الإمام على مالك بن أنس صدر حياته وعلى محمد بن الحسن فقيه العراق فترة بعد ذلك. فليس هناك إذن ما يفرض على الأحناف والمالكية طابع الحذر في قبول آرائه الأصولية المتفقة مع ما كان لديهم في الأساس، وإن تناولوا الشافعي بعقله الغد، ليصل به إلى التحديد الدقيق في النهاية.

(15) ناقشت ذلك من قبل.

(16) عرفنا أنهم ما كانوا يرفضون الحديث إذا ثبت لديهم صحته. فقد رفض أبو حنيفة - على سبيل المثال - إعمال القياس متمسكاً بالخبر، في موضوع بطلان الوضوء بالقهقهة في الصلاة. أما ما وجه إليه من الطعن في رده بعض أحاديث الأحاد فلأنه «كان يلعب في ذلك إلى عرضها على ما اجتمع عليه من الأحاديث ومعاني القرآن»، فما شذ من ذلك رده وسماه شاذاً الموافق 24/3. وكان مالك يأخذ بالحديث متى صح لديه، وكانت معارضة الحديث للمجتمع عليه في المدينة موطن الرسول ويجتمع الصحابة علة قاذية عنده في صحة الحديث ترجح عدم ثبوته عن النبي ﷺ، على ما ظهر فيها سبق.

«إجماع أهل المدينة». وتعبّر مثل هذه الأصول عن بقاء سمات المدارس الباكّة المميّزة لها - من جرّية الفكر في الكوفة، والاعتماد على الواقع العربيّ في المدينة - بما اعتضد به لإنتكار الحديث المؤسّس للقول بخيار المجلس.

وفي نهاية القرن التاسع الميلاديّ كان الخلاف الأصوليّ البالغ الذي سببته نظرية الشافعيّ قد تبدّد، واستقرّت مكانة السنة في التشريع الإسلاميّ، فمن جهة خفّ الانتصار المغاليّ للسنة بالاعتراف بأن استخدام التفكير الإنسانيّ المحكوم بالقياس أمر ضروريّ من الناحية الواقعيّة في إدراك الأحكام الشرعيّة. (وقد كان هذا هو الحال في المذهب الحنيليّ في أقلّ تقدير، أما الظاهريّة فقد التزموا بمبادئهم الأصليّة على نحو متشدّد، ومن ثمّ اندثر مذهبهم فيما بعد). ومن جهة أخرى فإنّ الأحناف والمالكيّة بما حقّقوه من نجاح في توفيق فقههم الثابت [مع مقتضيات نظرية الشافعيّ] توفيقاً شكلياً قد أصبحوا في هذه الفترة مهيبين تماماً لأنّ يعترفوا في أصولهم المقررة بحجّية السنة⁽¹⁷⁾.

إنّ هذا التطور الذي ابتدره الشافعيّ قد حدّد المجريّ العامّ لمستقبل التشريع الإسلاميّ بعده. ومع انتشار المجال التشريعيّ الذي يحكمه الوحي الإلهيّ نشأ نوع من الجمود الفقهيّ التزايد؛ فقد انحسر المجال أمام الاجتهاد بصفة مطوّرة، نتيجة المحاولات التي تلحّقت بخلاف الأحكام الجزئية بالوحي اعتماداً على الأحاديث. ومن ثمّ فإنّ ينبوع النظر الفقهيّ الذي طالما زود التشريع الإسلاميّ في مراحلها الباكّة بعناصر الانطلاق والتدفّق قد أخذ في التضييق تدريجياً، فتباطأ هذا التيار حتّى وصل أخيراً وعلى نحو لا معدّيّ منه إلى منطفة الركود⁽¹⁸⁾.

(17) هذا خطأ نهجاً عليه فيما سبق. فحجّية السنة ملزمة لجميع الفقهاء منذ عصر الصحابة، ومنذ بدأ التفكير الفقهيّ. ولا يتصور على الإطلاق - كما فهم المؤلّف - كيف نشأ الفقه الإسلاميّ بدون كون السنة ملزمة للفقهاء.

(18) يتناقص المؤلّف في هذا الفصل ما أسماه بتوقّف مراحل النموّ فيما تلا تقدّم الشافعيّ منهجه الأصوليّ. وأهمّ ما يلاحظه المؤلّف هنا تكثيف هذا الحديث جهودهم، وظهور مدوّرات الحديث من صحاح ومسانيد، معترفاً بأنهم قد بذلوا جهوداً مضنية في جمع الحديث وبمحاولة تمييز صحيحه من زائفه، وعياً منهم باحتمال تطرّف الوضع إليه. غير أنّ المؤلّف يرى أنّهم لم يتنجحوا في تحقيق هدفهم، ويبدو منطقاً هنا عصباً على الفهم. وقد بدأ موقفه ضدّ المحدثين من ارتفاعه بالشافعيّ في الفصل السابق إلى تنصيبه مؤسساً لبدأ الإلزام بالسنة في النظر الفقهيّ. فاستطرد من ذلك إلى أنّ صنيع الشافعيّ في اعتبار السنة وحياً ملزماً قد صرف علماء السنة عن ارتقاعه تقدّم داخلياً، مكثّفين بالتفدّ الخارجيّ لسند الحديث. وقد ناقشناه في ذلك. فلم يكن الشافعيّ أول من رأى وجوب الالتزام بسنة النبيّ ﷺ. ولم يتوقّف علماء الحديث عن النظر في مضمونه ومقارنته بالأدلة =

الشرعية الأخرى. وليس قول المؤلف هنا إلا تبسيطاً لجهود علماء الحديث والفقه، لا يسيء إليهم بقدر ما يسيء إلى قائله:

وسيفاجتنا المؤلف بعد طعنه على علماء الحديث كل هذا الطعن بتصديده لأستاذه «يوسف شاخت» ليفند بعضاً من مزاعمه في رفض السنة واعتبارها منجولة للنبي ﷺ، ويتهمي المؤلف من هجومه الدقيق على منهج شاخت وأسلوبه في الاستنباط ليقرر صحة متون الأحاديث من حيث الأساس، وأن الواجب البدء بذلك في كل حديث إلا إذا ظهرت حجة تقضي بوضعه، كأن يكون موضوعه مناسباً لفترة تاريخية متأخرة عن عصر النبي ﷺ. ففي رأيه مثلاً أن حديث (لا وصية لوارث) صحيح بهذا الاعتبار، من حيث إن هذا الحديث ضروري لإعمال أحكام الموارث القرآنية بالتحديدات التي فرضها القرآن للورثة. أما حديث عمران بن حصين المتعلق بتزويل هبة المريض مرض الموت منزلة الوصية فهذا في رأيه من قبيل النظر الفقهي المتقدم الذي يتناول تفصيلاً فقهاً معيناً تأخرت معالجته إلى فترة تبعد عن عصر النبوة بكثير.

وقد يصح هذا المعيار من حيث الأساس؛ فإن المحدثين قد قرروا أن الحديث إذا تناول وقائع لم تحدث في وقت النبي ﷺ عد ذلك علة فادحة فيه. غير أن تطبيق المؤلف له على هذا النحو ينطوي على قدر كبير من الغلو، كما قد يتضح من التعليق على ما ذكره بشأن حديث عمران بن حصين.

ويعد أن رأى المؤلف وجوب التسليم بصحة الحديث من حيث الأساس إلا إذا ظهرت حجة تقضي بزيفه إذ به يقترح زيف أسانيدها، إنه يكشف هنا عن غرضه الحقيقي الذي لا يختلف فيه عن أستاذه. فإن القول بزييف إسناد السنة يعني هدم ما تحمله هذا الإسناد من متن. ويقود هذا مرة أخرى إلى الموقف ذاته الذي عابه المؤلف على أستاذه. هل هو التأثر بالاستاذ؟ أم ماذا؟

الباب الثاني

الفقه في العصور الوسطى بين النظرية والتطبيق⁽¹⁾

(1) يقتضي سياق التقسيم الذي اتبعه المؤلف أن يبدأ ما سماه بالعصور الوسطى بعد الفترة التي اعتبرها حداً لنضوج الفقه الإسلامي وتوقف نموه، وأن تنتهي هذه العصور بالدخول في العصر الحديث الذي خصص الباب الثالث من هذا الكتاب لمناقشة أحوال الفقه أثناءه. ومعنى ذلك أن هذه العصور الوسطى تبدأ في تحديده منذ القرن العاشر الميلادي [الرابع الهجري] إلى القرن السادس عشر [العاشر الهجري]. ولا يتفق هذا التحديد مع التحديد الغربي للعصور الوسطى.

الفصل السادس

النظرية الأصولية التقليدية

قدم التشريع الغربي عدداً من الإجابات المختلفة للتساؤل عن طبيعة القانون، تتراوح من القول بأن مصدره يتمثل في أوامر صاحب السلطة السياسية العليا⁽¹⁾ إلى القول بأنه يتمثل في ضمائر رجال السلطة القضائية⁽²⁾ أو في تلك العوامل الخفية التي تؤثر في تطور المجتمع⁽³⁾ أو أنه متمثل في ذات طبيعة العالم نفسه⁽⁴⁾. أما بالنسبة للتشريع الإسلامي فهذا التساؤل نفسه إنما يقبل إجابة واحدة، تلك التي يقترحها الاعتقاد الديني، وهي أن القانون حكم الله. فوظيفة التشريع الإسلامي المعترف بها من البداية هي مجرد الكشف عن هذا الحكم. وفي مطلع القرن العاشر الميلادي كانت الخلافات الأصولية التي ثارت في فترة تكوين الفقه حول المجال المحدد للأحكام الإلهية قد انتهت إلى حد كبير. وكان التطور التاريخي الذي وصف في الباب الأول من هذا الكتاب قد انتهى إلى صياغة أساليب هذا الكشف عن حكم الله صياغة مقبولة في عمومها، يصح أن نطلق عليها «النظرية الأصولية التقليدية».

ومن ثم فإن هذه النظرية ليست معاملة فكرية تماثل نظريات التشريع الغربية التي حاولت الإجابة عن السؤال الأساسي الخاص بمصادر القانون. وبالنظر إلى أن القانون في الإسلام ليس إلا منحة أوامر الله وشريعته التي كتبها على عباده فإن التشريع هو علم الفقه أو فهم ذلك القانون واكتشافه. وتتألف النظرية التقليدية لهذا من تحديد الأصول التي يتحقق بها مثل هذا الفهم مع تحليلها. وهذه الأصول الأساسية

(1) نظرية أوستين Austin.

(2) المدرسة الوضعية

(2) تصور المدرسة التاريخية

(3) أنصار فكرة القانون الطبيعي.

الأربعة - التي تمثل أوجهاً متميزة ومتعاونة في الكشف عن حكم الله، والتي تعرف بأصول الفقه - قد أقرتها النظرية التقليدية، وهي: كلام الله ذاته في القرآن، ومسلك النبي ﷺ أو سنته الموحى بها لهياً، والقياس، والإجماع. غير أنه بالرغم من أن هذه هي ذات الأصول التي وضعها الشافعي فسوف يرى أن البناء التألفي للنظرية الأصولية التقليدية مختلف أساساً عن تخطيط الشافعي وتصميمه.

إن إدراك أحكام الشريعة من عمل التفكير الإنساني بطبيعة الحال، سواء اتخذ شكل التعرف على المعنى الظاهر للحكم القرآني وتفسيره فقط أو غثل في استنباط حكم جديد بالقياس. وتقن النظرية الأصولية سير هذا الإدراك للتشريع الإلهي بالكامل وما ينتج عنه كذلك. وهذا ما اصطلاح على تسميته تسمية ذات مغزى مناسب وبالاكتفاء، ومعناه الحرفي: بذل المرء أقصى جهده في أمر من الأمور.

فأولاً حددت النظرية التقليدية المجرى الذي يجب أن يتبعه الاجتهاد بأن على المجتهد أن يطلب حل المشكلات التشريعية أول ما يطلب فيها ورد في الكتاب والسنة من أحكام مطبقاً الأساليب المقررة في تفسيرها والجمع بينها، بما في ذلك مبدأ «النسخ». وهكذا تتبنى هذه النظرية مذهب الشافعي في الجمع بين القرآن والسنة باعتبارهما الأصلين اللذين يتضمنان الوحي الإلهي. غير أن المكانة البالغة للسنة قد نالت قدراً أكبر من التأكيد في النظرية التقليدية؛ فإنها قد تسخ القرآن مثلاً تبيينه كذلك. أما إذا لم يكن قد ورد حكم للمشكلة المطروحة في القرآن أو السنة⁽⁴⁾ فعلى المجتهد أعمال منهج القياس توسيعاً للمبادئ المتضمنة في نصوص الوحي الإلهي كي تشمل حالات جديدة.

ويتمثل الواجب الثاني للنظرية الأصولية في تقويم ثمرات الاجتهاد من حيث الحجية التي تستند إليها في كونها تعبيراً عن إرادة الشارع. ويمكن بقليل من التأمل إدراك الطبيعة الأساسية لجميع جوانب مشكلة حجية القانون في الإسلام. وليس هذا هو حال الأحكام المستمدة من الدلالات المحتملة لنصوص الكتاب والسنة أو النتائج الاجتهادية في عمومها فحسب؛ فإن هناك هذا السؤال الأساسي المتعلق بحجية المصادر المعترف بها للتشريع الإلهي في حد ذاتها؛ فما الذي يضمن في الواقع صحة بناء هذه الخطوة الأصولية بأسرها؟ سوف يجد مثل هذا السؤال إجابته في مفهوم الإجماع.

الإجماع في النظرية التقليدية هو اتفاق علماء الفقه المجتهدين في جيل من الأجيال. وقد اعتبر هذا الإجماع في الرأي معصوماً من الخطأ. ومع ذلك فإن من

(4) أو الإجماع، إذ يتأثر عنه القياس.

الطبيعي أن يكون الإجماع من حيث هو أصل فقهي إنما هو المبدأ الاسامي الذي يستمد ثبوته من نفسه. فبرغم أن صحة هذا الأصل قد عبر عنها شكلياً في حديث عن النبي [ﷺ] يخبر فيه أنه: «ولا تجتمع أمتي على ضلالة أبداً»⁽⁵⁾ فإن الإجماع في ذاته هو الذي يضمن⁽⁶⁾ صحة الحديث. والإجماع كذلك هو المصطلح المستخدم للإشارة إلى الاتفاق العام للمسلمين في المعتقدات الدينية الأساسية، مثل الإيمان برسالة محمد [ﷺ] وكون القرآن كلام الله. وبهذا المعنى العام فليس الإجماع معياراً للحجية على أي نحو بالضرورة، بل هو مجرد تعبير جمعي عن الاقتناع الديني المشترك. وسينحصر اهتمامنا هنا بالإجماع باعتباره هذا الأصل التشريعي الاصطلاحي الذي يعمل ضمن الإطار الذي أقامه التصور الإسلامي ليحدد دلالة نصوص الشرع. ومثل هذا الإجماع هو الذي يضمن في التحليل الأخير صحة القرآن ومجموعات الأحاديث - باعتبارها تدوينات للوحي الإلهي⁽⁷⁾ والقياس، أو هو باختصار يثبت حجية النظرية الأصولية في بنائها العام.

وفي محاولة الكشف عن حكم الله فإن اجتهد آحاد العلماء إنما يمكن أن يسفر فحسب عن نتائج احتمالية غير قطعية اصطلاح عليها بالظن. وقد كان هذا هو الحال بالتحديد حتى حينما يستند الرأي إلى نص ظاهر جلي من القرآن أو السنة، وهو الحال من باب أولى إذا استخدمت مبادئ تفسير النصوص والجمع بينها أو النظر المنطقي في محاولة هذا الكشف. ومع ذلك فإنه حينما تكون هذه النتائج موضوعاً للاتفاق العام بين

(5) رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الفتن «باب السواد الأعظم» بلفظ: (إن أمتي لا تجتمع على ضلالة، فإذا رأيتم اختلافاً فعليكم بالسواد الأعظم)، وكذلك روى أبو داود حديثاً تضمن معنى عدم اجتماع الأمة على ضلالة بلفظ: (إن الله أجاركم من ثلاث خلال: ألا يدعو عليكم نبيكم فتهلكوا جميعاً، وألا يظهر أهل الباطل على أهل الحق وألا تجتمعوا على ضلالة) باب ذكر الفتن ودلائلها من كتاب الفتن.

(6) الإجماع مستند واحد على حجية السنة إلى جانب المستندات الأخرى على حجيتها. فالقرآن هو الأساس الأول لحجيتها، فقد أخبر الله في كتابه أن نبيه لا ينطق عن الموهى. كما أن في السنة أدلة عديدة على حجيتها.

(7) هنا يضطرب المؤلف بين الإجماع بمعناه الاصطلاحي الأصولي وبين الإجماع بمعناه العام الذي يعبر عن الاتفاق المشترك مع أنه صرح برغبته في التقيد ببحث الإجماع الأصولي. وثمة ملاحظة أخرى وهي أن حجية القرآن لا تستند إلى الإجماع بمعناه العام أو الخاص، بل تستند إلى الإيمان بكونه كلام الله عز وجل المعجز للبشر عن الإتيان بمثله أو يسورة واحدة منه، وإلى أمر القرآن نفسه - بعد التسليم بكونه كلام الله - بوجوب اتباع ما جاء فيه من أحكام.

الفقهاء فإنها تصير تعبيرات عن حكم الله معصومة من الخطأ ولا تقبل الجدل. وهكذا يضمن الإجماع شمول نتائج الاجتهاد الصحيح المتحقق على نحو يتفق مع الصيغ التي وضعتها النظرية الأصولية. إن إجماع الرأي يؤدي إلى معرفة يقينية بحكم الله، أو هو يؤدي إلى العلم⁽⁸⁾. غير أنه حينئذ لا يتحقق الإجماع لأن الآراء المتنوعة إنما تعتبر محاولات صحيحة متكافئة لتحديد هذا الحكم.

لقد كانت هذه الوظيفة للإجماع هي التي شكلت نقطة خلاف بالغ بين النظرية الأصولية التقليدية ونظرية الشافعي الذي اعتبره أصلاً تشريعياً مستنداً إلى النص. أما في النظرية التقليدية فالإجماع إنما يعمل باعتباره أصلاً تشريعياً مستقلاً بذاته. فعلى سبيل المثال لم يكن المبدأ الأساسي في التشريع الدستوري، وهو اختيار المتولي لمنصب الخليفة، مستنداً من أي نص في القرآن أو السنة، ولا من قياس على مثل هذا النص، بل من العمل المجمع عليه للمجتمع المسلم الباكر. ومع ذلك فإن الدور البارز للإجماع في النظرية التقليدية هو كونه المعيار النهائي للحجية في التشريع. أما نظرية حجية الشافعي فقد ارتكزت فحسب على مزايها الذاتية وجاذبيتها المنطقية. إن

(8) يلج المؤلف كثيراً على فكرة إفادة الإجماع اليقين، وأنه أصل حجية كل الأصول الأخرى. ويوحى ذلك باتفاق الأصوليين جميعاً في هذا الصدد. ورغبة في وضع الحق موضعاً فإنه ليحسن أن ننقل الخلاف في ذلك برغم الموافقة على الأساس اليقيني للإجماع. وبعبارة الشوكاني: «اختلف القائلون بحجية الإجماع هل هو حجة قطعية أو ظنية، فذهب جماعة منهم إلى أنه حجة قطعية، وبه قال الصيرفي وابن برهان، وجزم به من الحنفية الديوبسي وشمس الأئمة. وقال الأصفهاني: إن هذا القول هو المشهور، وأنه يقدم الإجماع على الأدلة كلها، ولا يعارضه دليل أصلاً، ونسبه إلى الأكثرين. قال: بحيث يكفر مخالفه أو يضل أو يسلح. وقال جماعة منهم الرازي والأمدى: أنه لا يفيد إلا الظن.

وقال جماعة بالتفصيل بين ما اتفق عليه المعترفون فيكون حجة قطعية وبين ما اختلفوا فيه كالسكرتي وما ندر مخالفه فيكون حجة ظنية».

وقال البرزدي وجماعة من الحنفية: الإجماع مراتب، فإجماع الصحابة مثل الكتاب والخبر المتواتر، وإجماع من بعدهم بمنزلة المشهور من الأحاديث، والإجماع الذي سبق فيه الخلاف في العصر السابق بمنزلة خبر الواحد.

واختار بعضهم في الكل أنه يوجب العمل لا العلم».

هذه أربعة مذاهب في حجية الإجماع، اختار الشوكاني منها - فيما يبدو - المذهب الأخير، وهو أن الإجماع حجة ظنية لا قطعية. إرشاد الفحول ص 87.

وما أردت من ذكر هذا الخلاف هو مجرد التلليل على فساد الأساس الذي أقام عليه المؤلف أكثر النتائج التي رددنا في هذا الفصل.

الإجماع في النظرية الأصولية التقليدية هو الذي يحدد بعامة المقياس الضروري النهائي لصحة الاجتهاد، ويحدد بخاصة معيار القبول والحجية الذي أمكن لتلك النظرية التقليدية أن تضيفه إلى أصول الشافعي.

وقد يتضح أسلوب عمل النظرية الأصولية التقليدية من الإشارة على نحو مختصر إلى تطور مبدأ الربا. فالسنة النبوية تشرح التحريم العام للربا الوارد في القرآن بإعلان أنه إذا وقع التبادل في سلع معينة من أصناف بذاتها فسيوجد الربا إذا كان ثمة تفاضل في المقدار أو نسيئة في التسليم. وهذه الأصناف الستة المحددة بالسنة هي الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والزبيب⁽⁹⁾. وعن طريق القياس فإن ما يسمى بحكمي الربا - المثلية في المقدار المتبادل والحالية في التسليم - قد طبق على مبادلة سلع أخرى رثي أن لها ذات الخصائص الأساسية التي للسلع المنصوص عليها في السنة، على أساس أن العملة المنتجة للحكم الأصلي موجودة في هذه الفروع الجديدة. وأدى اختلاف الرأي في تحديد طبيعة هذه العلة إلى تنوع الرأي في المذاهب المختلفة. ففي الفقه الشافعي والحنبلي يصدق حكم الربا على المبادلة في مواد الطعام كلها، وعلى مواد الطعام القابلة للحفظ والأدخار وحدها في المذهب المالكي، على حين يمتد انطباق هذين الحكمين في المذهب الحنفي إلى كل السلع المتماثلة المقدرة بالوزن أو الكيل. ومن ثم يؤكد الإجماع الدائرة التي شملها الاتفاق العام - المتبثلة في حكمي الربا نفسها، وورودهما في مبادلة جميع مواد الطعام القابلة للأدخار⁽¹⁰⁾ - من حيث كونها

(9) ربما يشير المؤلف إلى الحديث المشهور الذي أخرجه السنة إلا البخاري والذي رواه عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ، وهو قوله: (الذهب بالذهب وافضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء بدأ بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم). وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري مثله بزيادة (فمن زاد أو استزاد فقد أربى). وقد أخرج البخاري عن عمر بن الخطاب حديثاً مثله نص فيه على ثلاثة أصناف: الذهب والبر والتمر [صحیح البخاري - كتاب البيوع - باب بيع التمر بالتمر]. كذلك روى الإمام مالك في الموطأ 136/2 - 138 عدة أحاديث تنص على بعض هذه الأصناف الستة. وقد أورد الشوكاني أحاديث الربا في نيل الأوطار: 297/5. ويلاحظ أن حديث عبادة وأبي سعيد لم ينص على الزبيب وذكر الملح بدلاً منه. ولم أر الزبيب إلا في حديث مرسل في غاية الضعف، رواه مالك بن أوس الحديان، ذكر فيه الزبيب والسمن مضاباً إلى بعض الأصناف الستة. انظر للمجموع شرح المذهب للنووي 67/10، طبع مع فتح العزيز.

(10) القياس أن يشير المؤلف إلى الصفة الأخرى التي اعتمد بها الأحناف وهي التقدير، حتى تشمل كل آراء هذا المذهب في الإجماع الذي يقرره المؤلف بين المذاهب.

تعبيراً يقينياً عن حكم الشارع. وفيما عدا ذلك فإن الطرد الممكن لحكمي الربا يبقى أمراً ظاهرياً؛ إذ إن آراء المذاهب المختلفة تتفق في كونها مجرد اجتهادات احتمالية متساوية في التعبير عن الحكم الشرعي.

ولأن الخلافات لم تكن كلها من هذا النوع الذي شمله الإجماع على النحو المذكور؛ إذ إن هناك اختلافات أكثر حدة - كأصول الفقه التبعية التي ارتضاها كل من الأحناف والمالكية أدلة يمكن العمل بها إلى جانب الاستناد للسنة والقياس الأصولي^(١١) - فإن الإجماع عندئذ يمثل بمعنى ما نوعاً من المعارضة لعمل الشافعي، حيث يتسع لتلك التنوعات التي هدف هذا الإمام إلى إبطالها. غير أن هذه الطبيعة السمة المستوعبة للإجماع إنما هي محدودة في الواقع بإجازة الوضع القائم وقت انعقاده، بحيث يتحول بعدئذ إلى أن يصير أصلاً متمحضاً للمنع والاستبعاد؛ فعلى انعقد الإجماع اعتبر الحكم معصوماً من الخطأ، ومعارضته ضللاً، ونسخه بإجماع مماثل في جيل لاحق غير ممكن عملياً إلى حد كبير وإن أجزى نظرياً^(١٢). ولم يجز استئناف النقاش في المسائل الاتفاقية فحسب، بل امتنع كذلك في غيرها مما اتفق الفقهاء على الاختلاف فيها؛ فإنه إذا انعقد الإجماع على رأيين مختلفين كان استحداث رأي ثالث معارضة لهذا الإجماع. وبانتشار الدائرة المقبولة للإجماع بهذا المعنى الواسع فإن مزاولة الاجتهاد المستقل - الذي كان يطرد تقييده أثناء فترة تكوين الفقه، بظهور مبادئ معينة كحجية الأحاديث، وبالتنظيم الدقيق لمناهج الرأي - قد آلت إلى الاختفاء تماماً. وهكذا قدر للإجماع أن يمكن لعوامل الجمود المتزايد في النظر الفقهي وأن يخنق هذا التطور.

لقد أعلن الفقه الإسلامي^(١٣) بوضوح في بدايات القرن العاشر الميلادي [الرابع

(١١) أجاز بعض الأصوليين نسخ الإجماع بإجماع آخر في عصر لاحق، أما الجمهور فلم يروا جواز أن ينسخ الإجماع بإجماع لاحق. وهذا هو الحق نظرياً. أرجع إلى إرشاد الفحول للشوكاني ص 192 وما بعدها.

(١٢) يشير المؤلف إلى بعض العبارات التي ردها بعض الفقهاء للمسلمين، مثل عبيد الله الكرخي (ت 340 هـ) الذي انتهت إليه رئاسة الأحناف بالعراق ودعا إلى تأويل النصوص الشرعية في ضوء أقوال الأئمة. ومن ذلك أيضاً ما ينقله الإمام النووي من انقطاع الاجتهاد المطلق منذ المائة الرابعة. والحق أن هذه الأقوال أو الآراء لا تصح نسبتها إلى الفقه الإسلامي بعامة، بل يجب أن تختص بقاتلها، ذلك أن المجتهدين لم يتقطروا أبداً. وأشار إلى تيار أصحاب الحديث وإلى شخصيات تأخرت من القرن الرابع كالجويني والغزالي والسبكي وابن تيمية وابن القيم وغيرهم. =

المهجري] أن طاقته الخلاقة قد نفذت آنذاك واستهلكت، وذلك في صورة الرأي المعروف القائل «بإغلاق باب الاجتهاد» حيث حل وجوب التقليد محل الحق. في الاجتهاد المستقل. ومن ثم صار كل فقيه مقلداً يعتنق مذهباً أسسه أسلافه وعليه أن يلتزمه. ويفترض بعض الكتاب المحدثين^(٥) أن ظهور هذا الرأي إنما يرجع إلى الظروف الخاصة بالغزو المغولي، وأن التراث الشرعي النفيس إنما جمد ودفن آنذاك بغية حفظه من قبائل جنكيز خان المدمرة. بيد أن تلك الظاهرة قد وقعت تاريخياً قبل هذا الغزو وبحوالي ثلاثة قرون^(٦)، ولم تكن في الأرجح نتيجة لضغوط خارجية، بل لأسباب داخلية، تمثلت في وصول مصادر الشرع إلى مدى استنفدت فيه بالكامل حين تحدت مضامينها تحديداً نهائياً. وأسفر التبجيل البالغ لأشخاص الفقهاء السابقين عن الاعتقاد بأن عملية تفسير النصوص وتوسيعها قد اكتملت نهائياً على أيدي هؤلاء العلماء ذوي المقدرة الفذة الذين صاغت جهودهم الشريعة^(٧) في صيغتها النهائية الصحيحة. وكان من الطبيعي أن يتصل هذا الموقف اتصالاً وثيقاً بالأثر السليبي لانتشار الإجماع. وهذا التطور الذي لا يعدو أن يكون نتيجة طبيعية للنظرية التقليدية يقدم تبريراً لحالة الجمود التي وصل إليها الفقه عندما تحقق للفقهاء المتأخرين مطلبهم في التمييز عن الأحكام الفقهية تعبيراً يرددها إلى الوحي. وحينما أكد إجماع الرأي^(٨) في القرن العاشر أن باب الاجتهاد قد أغلق فإن التشريع الإسلامي قد أسلم نفسه إلى النتيجة الحتمية المتمثلة في تقيده بالنصوص الفقهية التي كان قد فرضها على نفسه.

ومن ثم فإن الأنشطة التشريعية المكبلة بمبدأ التقليد قد اقتصرت على التدقيق في

= كما أشير كذلك إلى عدم انقطاع الفقه الإسلامي عن قيده بوتقليده في المجتمع الإسلامي. فلم يثبت أن مشكلة ظهرت لهذا المجتمع لم يتناولها الفقه. ولقد حدث جمود الفقه حقيقة حينما حلت القوانين الغريبة محل الفقه الإسلامي؛ فمنذ ذلك الوقت انقطع الاجتهاد وأصبحت الدراسة الفقهية مجرد عمل نظري لا صلة له بالواقع. وفي هذا الإطار وقع الجمود الفقهي حقيقة.

(13) حدث النزول المغولي للعالم الإسلامي في القرن السابع الهجري، وكان دخولهم بغداد سنة 656 هـ.

(14) قد يقصد المؤلف كلمة أخرى، وهي الفقه، فالشريعة لا تنقيد بالأحكام العملية التي يتقيد بها الفقه، بل تشمل إلى جانب ذلك ما يتعلق بالعقائد. وهكذا فإن الشريعة فيها استقر عليه الأمر أعم من الفقه وتشمل العقائد والأفعال معاً.

(15) هل أكد إجماع الرأي القول بإغلاق باب الاجتهاد؟ إن أكثر ما يروى في ذلك عبارة عبيد الله الكرخي [انتظر الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للمجوي: ٣٩] والمراجع التي ذكرها لهذه العبارة، ولا أعرف كيف قرر المؤلف وجود إجماع في ذلك.

الأحكام المقررة سلفاً والتحليل الشارح لها. ومنذ القرن العاشر الميلادي [الرابع الهجري] كان دور الفقهاء لا يتعدى التعليق على أعمال أئمتهم السابقين، وعملت طائفتهم بحكم تلك الظروف في إطار تعليمي بحث، بلغ أحياناً مستوى رائعاً في مجال الإفتاء. ونالت بعض المسائل الافتراضية عناية ملحوظة كمسألة تحديد وقت استحراق الميراث في تركة شخص انقلب حجراً على يد شيطان. ورغبة منهم في استخراج أبعد ما قد تنطوي عليه قواعدهم الأصلية من تطبيقات فقد حكموا بأن السمن الذي مات فيه فأر لا يجوز استخدامه زيتاً للمصابيح، حتى لا يتلوث الهواء بنجاسة لحم حيوان ميت. ويشبه ذلك منعهم أن يركب المرء جلاً كان قد سقي خراً للاحتكاك المحتمل بمادة محرمة قد يحتويها عرق هذا الجمل⁽¹⁶⁾. وهذا فقيه مالكي - هو ابن رشد (ت 1126 م) [520 هـ] جد الفيلسوف المشهور - يشير إلى هذا الحكم باعتباره الكلمة الأخيرة في التقوى والدرجة القصوى في الورع. وإنما تجسد هذه العبارة حقيقة هدف الفقهاء وموقفهم. ورغم أن هذه المبالغات النظرية لم تقتحم أساساً مجال العلاقات القانونية بالاصطلاح المحدد لهذه العلاقات فإن الفقه كان في مجموعه محكوماً آنذاك بروح من المثالية المشابهة لها⁽¹⁷⁾.

وفي الواقع كان التشريع الإسلامي مثالياً في أساسه منذ بدايته. إذ لم يتطور هذا التشريع من عمل المحاكم أو أحكامها - كالقانون الروماني الذي اعتمد تطوره على *actio*⁽¹⁷⁾ أو كالقانون العرفي الانجليزي الذي تطور عن القرارات القضائية

(16) يردد بعض المؤلفين المسلمين من الحديثين مثل هذه التشنعات عل الفقه الإسلامي. وينبغي بحث هذه الظاهرة في إطار جسد هؤلاء المؤلفين لقيمة الفقه الإسلامي والاعجاب بالخصاصة الغريبة وقوانينها. وقد كان الميل إلى ذلك هو السائد في قطاعات ثقافية معينة في أوائل هذا القرن. بيد أن تقدم الدراسة الفقهية وإزدياد المعرفة بنصوص الفقه الإسلامي يكاد يقرنا من الوعي الحقيقي بقيمة هذا الفقه. وليس بغريب لذلك أن تنتهي مثل هذه التشنعات. ويكتفي للدفاع عن الفقه في هذه المسألة بخصوصها أنه في الوقت الذي كان يفترض فيه بعض الفقهاء مثل هذه الافتراضات الغريبة أو الشاذة فإنهم بشكل عام كانوا يتناولون أعقد الجوانب القانونية، ويكتشفون عن الحكم الشرعي في كل ما يقع لمجتمعهم من مشكلات. وكذلك كان الفقه يقوم بتصحيح موقفه من مثل هذه الأخطاء. وأستشهد هنا بالإمام الغزالي الذي عاب على بعض فقهاء عصره إغراقهم في فرض الفروض الغريبة التي لا تقع.

وعلى كل حال لم يكن غريباً أن يلتقط المؤلف مثل هذه الافتراضات وأن يضحك فيها للنيل من الفقه رغم اعترافه الواضح بأنها لم تكن لتقع في مجال العلاقات القانونية.

(17) *actio* هي الدعوى التي كان ينظرها البريطور أو الحاكم ثم يوقع بالحكم أسفلها. راجع: نظرية الالتزامات في القانون الروماني للدكتور شفيق شحاته ص 17، 235.

writes⁽¹⁸⁾ - بل نشأ صياغة نظرية لمنهج يقابل ذلك. ويوغم أن فقهاء المذاهب قد أبدوا اهتماماً ملحوظاً بالعمل القانوني حيث قبلوه إلا إذا خالف مبداً دينياً واضحاً، فإن اكتمال النظرية الأصولية الرباعية في القرن العاشر الميلادي - تلك النظرية التي استبعدت حجة عمل المحاكم تماماً - قد نتج عنه منهج نظري ينزل عن الواقع. وغداً الفقه - بانفصاله عن العمل القانوني الواقعي - علماً تأملياً بحثاً⁽¹⁹⁾، يدرس فيه التشريع لذاته.

ومن أوضح الأمثلة على تلك المثالية النظرية المنفصلة عن الواقع - بمعنى الاكتفاء بتحديد الحقوق والواجبات الموضوعية وإهمال أي نظام إجرائي يعالج تنفيذ هذه الحقوق والواجبات معالجة قانونية - هذا المثال المستمد من مجال الفقه الدستوري، حيث عرض الفقهاء مبداً انتخاب الخليفة برأيي ممثلي الأمة الإسلامية، وحلحوا الصفات التي يجب على المتطلعين لهذا المنصب أن يستجمعوها. وقد كان هذا تصوراً.

(18) في القرن الثالث عشر الميلادي وجدت ثلاثة أنواع من المحاكم في إنجلترا: المحاكم الملكية والإقطاعية والكنسية. وقد انخفضت هذه المحاكم في تحقيق العدالة لطبيعتها تكوينها من جهة ولجمود التواعد التي تطبقها من جهة أخرى. وكان المنهج بعد ذلك هو أن ترفع الدعوى إلى الملك فيحيلها إلى أحد رجال الدين لأخذ الرأي، ثم يصدر قراره بعد ذلك بما يراه مناسباً للعدالة. فكلما writ هي هذا القرار الملكي الصادر حسب مفهوم الملك آنذاك للعدالة.

Vol. 23 of the Encyclopaedia Britannica مادام writ.

(19) يكرر المؤلف هنا ما قاله المؤلف أكثر من مرة عن مثالية التشريع الإسلامي وأنه ليس محكوماً بالمجتمع ولا يقف أثر الأعراف المطبقة في هذا المجتمع، بل العكس هو الصحيح، فإن المجتمع محكوم بهذا القانون ويجب أن تهتدي العلاقات والأعراف فيه بمقرراته. ويعتقد المؤلف أن بإمكانه اعتبار هذه الخصيصة عيباً في التشريع الإسلامي، متأثراً في ذلك بالنظرة الغربية التي تعتبر القانون من عمل الجماعة، ولذا كان من الضروري أن يتبع تطوره تطوراً حسيماً تقضي به هذه النظرة. ومع ذلك فقد شهد القرن الحالي تجربة بعض البلاد الأوروبية الشيوعية التي أدخلت في استخدام القانون لتنفيذ ما فرضت على المجتمع من نظم. وهكذا تشهد هذه التجربة التي يعرفها المؤلف جيداً أنه ليس من الضروري دائماً أن يتبع القانون الجماعة، وأن العكس قد يحدث أحياناً، بدون أن يعني ذلك وقوع أي إشكال منطقي.

وإذا اتضح هذا فليست هناك غشاضة في أن يقود التشريع الإسلامي خطوات المجتمع الذي يدين بعقيدة الإسلام. ويبقى بعد ذلك الإشارة إلى حقيقة أخرى وهي أن الفقه الإسلامي قد ظل مطبقاً لمدة تقرب من ثلاثة عشر قرناً في دولة امتدت امتداداً واسعاً، وشملت أكثر أجناس الأرض، ثم لم يتخلف هذا القانون مطلقاً عن تلبية احتياجات هذه المجتمعات، بل نعمت به وأعانتها على تحقيق نوع من العدالة، لا يتحقق لها الآن بعد أن أجبرت على تركه والأخذ بغيره.

مستخلصاً من الظروف التاريخية للخلفاء الأربعة، وضع في صيغة تعارض إلى حد كبير طبيعة الحكم الأموي الذي كان توارث السلطة السياسية من أبرز سماته. غير أن هذا التصور لم تكن له أية صلة بالواقع السياسي، باستثناء السنوات الباكورة للدولة العباسية. وقد تكون الانحرافات عن النظام المثالي - التي شنع عليها الفقهاء ولعنوها - راجعة فقط إلى أن الشريعة نفسها كانت غير قادرة على منعها، فالقوة كانت في الواقع هي الحق. وهذا هو الذي اعترف به الفقهاء أخيراً، حيث ذموا العصيان المدني، حتى حينما كانت السلطة السياسية غير قائمة على أساس صحيح بأي مفهوم. ومن الواضح أن التطبيق الفعال للنظام الشرعي بأسره هو أمر يعتمد اعتماداً كاملاً من الناحية الواقعية على هوى الحاكم ورغبته⁽²⁰⁾.

إن التنظيم المثالي للسلوك - وهو الشريعة - أوسع في حقيقته بكثير من حيث غايته ومداه من مجرد التنظيم القانوني بمعناه الاصطلاحي الغربي. فالفقه لا ينظم شعائر الدين، ولا المسائل التي قد تندرج تحت علم أصول الصحة العامة أو اللزوق الاجتماعي فحسب - وهو في الواقع ما تبدأ به المؤلفات الفقهية بشكل ثابت - بل هو علم يجمع بين القانون والأخلاق، بحيث يعد فقهاؤه حراساً على الضمير الإسلامي.

ومن ثم فكل الأفعال والعلاقات إنما تقاس بمقياس التقويم الخلقي؛ ففي التصنيف الشرعي لأفعال المكلفين يقع المباح في موقع الوسط. وعلى الجانب الإيجابي منه توجد التصرفات المستحسنة، وهذه هي المندوب إليها، التي يثاب المرء على فعلها ولا يعاقب على تركها، ثم التصرفات الملزمة الواجبة. وعلى الجانب السلبي لهذا المعيار يقع أولاً «المكروه» وهو خاص بالأفعال التي يثاب المرء إن تركها ولا يعاقب على فعلها، ثم ثانياً «الحرام» وهو خاص بالأفعال المطلوب اجتنابها. ومع ذلك فإن القانون والأخلاق لم يندجا اندماجاً كاملاً، ولم يتحدا في إطار الشريعة. فتطبيق الزوج زوجته مذموم خلقاً، أو مكروه، وإن كان مع ذلك صحيحاً ونافلاً من الناحية القانونية، بما في ذلك المصطلح على تسميته بالطلاق البدعي. وعلى الرغم من انحصار اهتمامنا في هذا الكتاب بالقانون في معناه الاصطلاحي فإن هذا المعيار الخلقي يصلح أن يكون تذكراً مناسباً بالطابع الديني للشريعة أساساً وبالحقيقة المتمثلة في أننا لا نتناول هنا إلا جزءاً واحداً من هدى شامل للسلوك، أجزاءه جميعاً تعتبر قانوناً في التصور الإسلامي، والمقصود النهائي منها نيل رضا الله في الدنيا والآخرة.

(20) لا يصح هذا تاريخياً، ولا نظرياً، فالثابت أن الحاكم شأنه شأن غيره مقيد بأحكام الشرع، وقد وقف كثيراً من الفقهاء مواقف تتسم بالشجاعة لنزع الحاكم من تجاوز ما أمر الله به.

لقد ظهر أثر التقليد في الكتابة الفقهية منذ القرن العاشر [الرابع الهجري] واضحاً. وتمثل هذا الأثر أساساً في توالي الشروح البالغة الاستفاضة على أعمال أوائل الفقهاء المصنفين في المذاهب، كمالك والشافعي. ثم ألحقت بهذه التعاليق حواش إضافية تنصّر وتتداخل فيها وجهات النظر وخطوط التطور المختلفة. وألفت كذلك المتون المختصرة الموجزة لهذه الشروح. وقد ألح المؤلفون بدون استثناء تقريباً على هذا التقليد الخاضع لا للجوانب الموضوعية وحدها في المؤلفات الباكّة بل للشكل كذلك. وفي القرن الرابع عشر [السابع الهجري] ظهرت الكتابات الفقهية المذهبية التي نالت شهرة خاصة في البلاد الإسلامية. ولأنها قدمت لكل مذهب الصيغة الفقهية التي أقرها الإجماع فقد بقيت لها الحجية البالغة في التعبير عن القانون الشرعي حتى ظهور التجديد الفقهي في العصر الحديث.

وبهذا أضفت النظرية الأصولية التقليدية لوناً من القدسية على جميع جوانب النظام الفقهي المضمن في النصوص المحتج بها، من حيث كونها التعبير الكامل عن الشرع. ومع أن البحث التاريخي يُظهر - حسبنا اتضح من الباب الأول في هذا الكتاب - أن القدر الأعظم من هذا النظام قد نشأ من واقع الأعراف وراي الفقهاء، وأن ربطه بنصوص الشرع نوع من التكلف، وأن النظرية الأصولية الرباعية كانت ترويجاً لنمو استمر مدة قرنين، فإن الفهم الإسلامي يرى أن هذه النظرية كانت مستند العمل الفقهي منذ بدايته، وأن التطور الفقهي راجع إلى الجهود التعليمية المنفصلة تماماً عن المؤثرات التاريخية أو الاجتماعية. وحينما تحدّد التشريع لم يعد ممكناً إخضاعه للتأويل التاريخي، بمعنى قصر تطبيق نصوصه في مجتمع وزمن معينين. وفضلاً عن ذلك كان التشريع في أساسه غير قابل للتطور، لأن محمداً [ﷺ] هو آخر الأنبياء، انقطع بوفاته وحي السماء إلى الأرض.

فالقانون لا ينشأ من المجتمع ولا يتشكل به كما هو الحال في النظم الغربية. والتفكير الإنساني، إذا لم يؤيد بالوحي، لا يستطيع التعرف على القيم الحقّة ومعايير السلوك. فالسبيل إلى هذه المعرفة هو الوحي، والأفعال إنما تكون من قبيل الخير أو الشر إذا ألحقها الشرع بأحد هذين الوصفين. والقانون في المفهوم الإسلامي يسبق المجتمع ويشكله، ويجب من الناحية المثالية أن يخضع تنظيم المجتمع لأحكامه الصحيحة بإطلاق⁽²¹⁾.

(21) توقف المؤلف في هذا الفصل أمام ما أطلق عليه والنظرية الأصولية التقليدية، وكان هناك نظرية»

أصولية جديدة قد تختص في دعت بعض الآراء التي أثارها بعض المستشرقين ومن لف لفهم. ويتبع المؤلف تطور هذه النظرية، مبنياً انطلاقاً من عمل الشافعي، وإن أضافت إلى هذا العمل بعض المبادئ الأساسية. وفي رأي المؤلف أن هذه النظرية قد اعتبرت الإجماع أصل أصولها التي تعتمد عليه في التسليم بحجيتها. وأعتقد أن هذا القول نوع من المجازفة التي لا تستند إلى دليل. وحقيقة الأمر أن الأصول الأربعة التي اعترف بها الشافعي - حسبها بين في الرسالة - تستند إلى الأصل الأول وهو الكتاب، فإن أهميته الفقهية لا تنحصر في بيانه الأحكام الفقهية العامة والقواعد الأساسية للتشريع الإسلامي، بل تشمل أيضاً توضيحه للمسالك التي يجب على الفقيه اتباعها في استنباط الحكم الشرعي. لقد أمر القرآن باتباع حكم الله، وبين أن من لم يخضع لهذا الحكم فليس مؤمن حقيقة. وهذا هو الواضح من فواصل آيات سورة المائدة التي تقرر أن من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون والفساقون والظالمون. كما أمر القرآن كذلك في سياقات عديدة بوجوب اتباع أمر الرسول، وليس هذا فحسب بل أرشد كذلك إلى وجوب اتباع سبيل المؤمنين، أو إجماعهم، كما قرر الاعتبار أو النظر والقياس.

لقد اعتمد البناء الأصولي للشافعي على نصوص القرآن نفسه، وهو الذي سلم به من جاء بعد الشافعي من الأصوليين.

وقد تعرض المؤلف بعد ذلك إلى قضية أخرى اعتبرها نتيجة قاد إليها هذا البناء الأصولي، ويتمثل ذلك في شيوخ الجهمود في النظر الفقهي والركون فيه إلى التقليد لإمام من أئمة المذاهب. ويرجع المؤلف ذلك الجهمود إلى الفكر الأصولي نفسه. لكن هذا التفسير إنما يصح إذا لم يكن هذا الجهمود قد سيطر على توجه الحياة الفكرية الأخرى للمسلمين، وإذا كان الفقه قد عجز عن متابعة مشاكل المجتمع الإسلامي. لقد استمر الفقه الإسلامي في أداء وظائفه المتنوعة حتى العصر الحديث، وقبل إلحائه على يد القوى الأجنبية إلى بعض المجالات المحدودة. وفضلاً عن ذلك فقد استمر في القيام بهذه الوظائف كثير من الفقهاء الأعلام الذين اجتهدوا داخل مذاهبهم التي انتسبوا إليها، مثل ابن حزم والنزالي وابن السبكي وابن تيمية وابن قيم الجوزية وابن نجيم وابن عابدين وغيرهم، أو ممن نبذوا التقليد ودعوا إلى الاجتهاد كالصنمائي والشوكاني وصالح الفلاني ومحمد بن عبد الوهاب وغيرهم.

كذلك ناقش المؤلف ما سماه بمثابة التشريع الإسلامي مبنياً تفسيره لهذه المثالية والنتائج التي تولدت عنه. وقد ناقشته في تعليق تفصيلي في حينه.

الفصل السابع

الانفاق والاختلاف في الفقه

شجرة تقوم كل فروعها وأغصانها على جذع ثابت تمده جذور متضافرة، أو بحر شكلته مياه تجمعت من روافد متعددة، أو ثوب نسج من خيوط متداخلة، أو ربعا شبكة صيد واحدة تتخللها فتحات كثيرة متراكبة: تلك هي بعض المجازات⁽¹⁾ التي استعملها المؤلفون المسلمون لشرح ظاهرة الاختلاف في الفقه؛ فقد استقر النظر إلى المذاهب الفقهية المتعددة التي تبلور فيها هذا الاختلاف والتنوع على أنها وجوه مختلفة لحقيقة واحدة. وطبقاً لخبر منسوب إلى النبي ﷺ [فهناك ما لا يقل عن ثلاثمائة وستين⁽²⁾ سبيلاً إلى الحقيقة الثابتة. على أننا لو أغفلنا مؤقتاً الجماعات

(1) مثل الشمراني في كتابه «الميزان الكبرى» للاتفاق والاختلاف بين الأئمة بهذه الأمثلة، موضحاً إياها بالرسم على نحو طريف حقاً. انظر الجزء الأول من هذا الكتاب صفحات 34-39.

(2) لم تتضمن أحاديث النبي ﷺ - التي أشارت إلى وقوع الاختلاف والافتراق بعده - هذا الرقم، ولم أجده في كتب السنة الصحيحة. أما ما رواه كتب السنة فيتمثل فيها رواه أحمد بن حنبل في مسنده عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال: إن بني إسرائيل تفرقت إحدى وسبعين فرقة فهلكت سبعون فرقة وتخلصت فرقة واحدة، وإن أمتي ستفرق على اثنتين وسبعين فرقة فهلك إحدى وسبعون وتخلص فرقة. قالوا يا رسول الله: من تلك الفرقة؟ قال: الجماعة (الجماعة المسند 145/3). وقد روى أبو داود قريباً منه فيما نقله المنذري في مختصره أول كتاب السنة، وفيه (افترقت اليهود على إحدى - أو اثنتين - وسبعين فرقة وتفرقت النصارى على إحدى - أو اثنتين - وسبعين فرقة، وتفرقت أمتي على ثلاث وسبعين فرقة)، أخرجه الترمذي وابن ماجه، وقال الترمذي: حسن صحيح. كذلك رواه ابن الأثير في جامع الأصول: 407/1.

أو الفرق الصغيرة فإن المذاهب التي بقيت لأهل السنة منذ القرن الخامس عشر [التاسع الهجري] أربعة فقط، هي مذهب الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة⁽³⁾. ويتناول هذا الفصل موضوع العلاقة بين هذه المذاهب الأربعة التي اشتملت في فلسفة التشريع الإسلامي بعباءة الإجماع السابعة.

كانت المذاهب خلال فترة غو التشريع أنظمة متنافسة متعادلة، نتيجة طبيعية لظروف نشأتها. وكانت مدرستا المدينة والكوفة بحكم وعيها بالحقيقة التمثلة في أن فقهما يعكس إلى حد كبير واقع بيئتهما قد قبلتا الاختلاف الفقهي في بداية الأمر باعتباره أمراً طبيعياً ومعتباً. غير أن حماسة الدولة العباسية لإيجاد تنظيم موحد للدولة والمجتمع، يعبر تعبيراً كاملاً عن الأخلاقيات الإسلامية، قد دفعت بكل مدرسة منها إلى التثبيت بما لمذهبها وحده من صلاحية لا تقتصر على بيئة معينة، بل تعم سائر المسلمين. وكان الخلاف في الأصول الفقهية قد أنتج حينئذ مذهبين آخرين، هما مذهب الشافعية والحنابلة، فتبنى كل مذهب من هذه المذاهب الأربعة حتى فترة متأخرة من النصف الثاني للقرن التاسع الميلادي موقفاً جديلاً غير متسامح تجاه الآخر في سعيه للحصول على الاعتراف العام بكونه هو التعبير الأمثل عن الشرع الإلهي.

ويعكس العمل القانوني - الذي قد يستنتج من ترجمة الكندي لقضاة مصر الباكرين - اختلافات الفقهاء وبيروها. لقد أظهر بعض القضاة على نحو واضح اهتمامهم بأراء المذاهب الأخرى التي لا يتسبون إليها. فعلى سبيل المثال كانت عادة إبراهيم بن الجراح الحنفي - القاضي من سنة 820 م إلى 826 م [205 - 211 هـ] الإشارة إلى الآراء المختلفة لأبي حنيفة ومالك وغيرهما على ظهر «محضر القضية» ومجيزاً

(3) يجلد المؤلف القرن الخامس عشر أو التاسع الهجري لتغلب المذاهب الأربعة. غير أن الدراسة للموضوع تثبت أن تمكن هذه المذاهب واستقرارها قد حدث قبل هذه الفترة بقرنين على الأقل. فأحمد تيمور باشا الذي درس انتشار المذاهب الأربعة يقرر في ختام دراسته أنها استقرت في البلاد الإسلامية منذ القرن السابع الهجري. يقول في ذلك: «أدخلت المذاهب الأربعة تتغلب مع الزمن وغيرها من المذاهب السنية يدرس، حتى إذا كان القرن السابع تم لها التغلب والتمكن، وأقوى الفقهاء بوجوب اتباعها، فدرس ما عداها إلا بقايا من المذهب الظاهري، بقيت في بعض البلاد إلى القرن الثامن ثم درست» [المذاهب الفقهية الأربعة ص 94، نشر القاهرة 1389 هـ - 1969 م].
فالتاريخ الذي ذكره المؤلف لتغلب هذه المذاهب ليس دقيقاً.

الرأي الذي يختاره من بينها بخط، إعلماً لكانه أن يشيء الحكم على أسامه⁽⁴⁾. غير أن القضاة بعمامة ربطوا أنفسهم ربطاً تاماً بأراء مذهب معين، ففقدوا بهذا خصيصتهم الأساسية كممثلين لبيئة فقهية معينة. لقد كان المذهب الحنفي هو المذهب الذي تبنته الخلافة العباسية رسمياً، ومن الطبيعي أن يسفر هذا عن انتشاره الواسع، نتيجة إسناده وظيفته القضاء في الأمصار إلى أشخاص تعلموا في بيئة هذا المذهب. فإسماعيل بن اليسع⁽⁵⁾ كان فيما دُونَ أول قاض يطبق مذهب أبي حنيفة في مصر. ومع أن كفاءته القضائية قد حظيت بالاحترام عموماً فإن تطبيقه لأحكام غريبة غير مألوفة للناس، خاصة مسلكه في إبطال الأحباس⁽⁶⁾ - حسب مذهب أبي حنيفة - قد جر عليه السخط إلى الحد الذي أدى إلى عزله سنة 783 م [167 هـ].

وقد أعانت الخلافات الكلامية أحياناً على إذكاء الاختلاف بين المذاهب وعلى اشتعال العداء الحاد ووقوع الفتن بين أتباعها. ففي أثناء المحاكمات الشنيعة المعروفة «بالحنة» - التي ابتدأها الخليفة المأمون سنة 833 م [218 هـ] لحمل الأكابر على الجهر بالقول بخلق القرآن، طبقاً لمذهب المعتزلة الكلامي - كان القاضي الحنفي [محمد بن أبي] الليث⁽⁷⁾، الذي انتصر لهذا المذهب يرفض السماح لفقهاء المالكية والشافعية بعقد

(4) انظر ترجمته في كتاب الولاة والقضاة تأليف محمد بن يوسف الكندي، نشره كستبيروت 1908 م، ص 427 وما بعدها. وقد ذكر كاتب إيزاهيم: عمرو بن خالد الطريقة التي أشار إليها النص بقوله: «كنت إذا عملت الحضر وأقرأته عليه أقام عنده ما شاء الله أن يقيم حتى ينظر فيه ويرى رأيه. فإذا أراد أن يقضي به دفعه إلى لائشء منه سجلاً، فأجد في ظهره قال أبو حنيفة كذا وفي سطر قال ابن أبي ليل كذا وفي سطر قال أبو يوسف كذا، وقال مالك كذا، ثم على سطر منها علامة له كالخط. فأعلم أن اختياره وقع على ذلك القول، فأنشء السجل عليه» ص 432.

(5) ينقل الكندي قول بعضهم في هذا القاضي: «كان من خير قضائنا، غير أنه كان يذهب إلى مذهب أبي حنيفة، ولم يكن أهل مصر يعرفونه» الكندي ص 371، وانظر في سبب عزله المرجع نفسه ص 372.

(6) اختلف النقل لمذهب أبي حنيفة في الوقت؛ فرواية محمد بن الحسن مذهب استاذة في كتاب الأصل أن الوقت لا يجوز. ودليله على ذلك فيما استنتجه المرغيناني أن الوقت وجس العين على ملك الوقت والتصدق بالمنفعة. ثم. المنفعة معنوية فالتمسك بالمعلوم لا يصح. فلا يجوز الوقت عنده. انظر: الهداية 13/3. غير أن المرغيناني يذكر رواية أخرى لمذهب الإمام خلاصتها أن الوقت صحيح وإن لم يكن لازماً، فكانه بمنزلة العارية. ويبدو أن نقل محمد لمذهب أبي حنيفة هنا أصح من نقل غيره، بدليل مسلك إسماعيل بن اليسع في إبطال الأحباس.

(7) ولى هذا الرجل قضاء مصر أربع سنين (226 هـ - 230 هـ) كانت أسوأ ما عاشه الناس في زمن محنة القول بخلق القرآن؛ فقد كان هذا الرجل وراقاً، حفظ فقه أبي حنيفة. أما موهبة الحقيقية فقد تجلت في تنفيذ ما اعتقله سياسة للخليفين العباسيين: المعتصم والواثق، كي =

بجالسهم في المسجد. وبعد انتهاء المحنة ببضع سنوات انتقم القاضي المالكي الحارث بن مسكين بطرد للعلمين الأحناف من المسجد، كما روى أنه رفض في إحدى القضايا قبول شهادة شهود عرف أنهم يتسبون للمذهب الحنفي.

ومثل هذا التنافس بين المذاهب بما قد يجره على المدعين من صعوبات جمة قد تكشف عنه تلك القضية التي كان موضوعها «دار الفيل»، والتي شغلت اهتمام عدد من القضاة في مصر على امتداد أكثر من قرن.. وقد دارت هذه القضية في مراحلها النهائية حول ما إذا كانت كلمة «الفروع» في وقف أهلي تشمل المدعين الذين كانوا أولاد بنت الواقف أو أن هذه الكلمة لا تشملهم. ففي المذاهب الحنفي الذي يعترف بأهمية علاقة ذوي الأرحام في أمور كثيرة تتضمن كلمة «الفروع» أولاد البنت ضرورية، على حين أنها لا تشملهم في المذهب المالكي الذي يرجح علاقة التعصيب عموماً. ومن ثم فإن القاضي المالكي هرون [بن عبد الله] رفض في سنة 835 م [220 هـ] دعوى أولاد البنت في الاستحقاق من هذا الوقف. وبعد ذلك بعشر سنين حكم لهم خلفه القاضي الحنفي [ابن أبي الليث] بالاستحقاق فيه، ليعود الحارث [بن مسكين] القاضي المالكي فيغير الحكم السابق بدوره سنة 859 م [245 هـ]. وعندئذ رفع هؤلاء المدعون أمرهم إلى الخليفة [المتوكل] الذي قضى - بناء على مشورة لجنة من فقهاء الأحناف شكلها لمراجعة هذه القضية - بتغيير حكم الحارث وإصدار قرار نهائي لصالح هؤلاء المدعين⁽⁸⁾.

يضمن بقاءه في منصبه. ويستتج مما يرويه الكتني أن هذا الرجل كان يحب تعذيب مخالفيه في القول بخلق القرآن وإيلامهم؛ فإنه أمر بضربهم وتعذيبهم وجسهم، كما أنه أفتن في ذلك فتناً. منها أنه أتى بشهود تثبت الرق على ابن القطاس الذي كان يلوم سلوكه في خلوته، وهو الذي أمر بمحمد بن الحكم أن يطاف به. وباختصار فإنه لم يبق أحد من فقيه ولا مؤذن ولا معلم حتى أخذ بالمنعة، فهرب كثير من الناس وملئت السجون ممن أنكر المحنة⁽⁹⁾ ص 451 من كتاب الكتني. غير أنه لم يلبث أن تكتشفت فضائحته المالية - مثل كل الطغاة الظلمة - فاذن الله عز وجل ما نال الناس على يده أثناء ولايته؛ إذا أمر الخليفة المتوكل أن يحبس وأن يطاف به، وكان القاضي الذي ولي بعده يأمر بضربه، تمزيقاً له على مصادره أموال الناس وإنفاقها في شهواته.

(8) قضية «دار الفيل» أشار إليها الكتني بتفصيلات أكثر في كتابه ص 503 وما بعدها. وأصلها أن أبا عثيم مولى مسلمة بن مخلد خيس داره على مواليه وسماهم في كتاب تحييه: «كعب بن سليمان وناصح ويسار ورائع وأولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا ذكرهم وأنتاهم سواء. وكان إنشاء هذا الحبس سنة 93 هـ، ثم لم يبق بمرور الزمن من ذرية الموقوف عليهم سوى محمد بن ناصح وعزة بنت عمرو بن رائع. ثم ماتت هذه وتركت ولدها إبراهيم بن عبد الصمد، فلم يقبل المفضل بن فضالة وعبد الرحمن الغمري - القاضيان المالكيان - إعطائه»

وقد كان تطور النظرية الأصولية في أواخر القرن التاسع الميلادي هو أهم العوامل التي أدت إلى تقليل التجاذب بين المذاهب المختلفة. فمن الالتقاء العام لهذه المذاهب على البناء الأساسي لأصول الفقه ومصادره، ومن إدراكها لوحدة الهدف الذي يحققه هذا البناء - أعطى التنافس العدائي بالتدرج مكاناً للتفاهم المتبادل⁽⁹⁾، ليعترف مبدأ الإجماع التقليدي في النهاية بالتعايش القائم بين المذاهب المختلفة ويصادق على وجودها جميعاً.

ومع ذلك فقد احتل المذهب الحنبلي لقرون عديدة مركزاً قلقاً إلى حد ما بين هذه المذاهب الأربعة. ذلك أن الحنابلة بالتخاذم موقفاً متشدداً ضد العقل في التشريع قد رفضوا بداية منهج الاجتهاد الفقهي بالقياس، فاعتبرتهم المذاهب الأخرى جامعي أحاديث أكثر منهم فقهاء حقيقيين⁽¹⁰⁾. كما أن العناصر المتشددة من الحنابلة قد عارضت في المجال الكلامي أسس المعتقد الأشعري، وهو شكل معتدل من العقلانية قبلته غالبية أهل السنة؛ فخلال سلسلة الاضطرابات التي وقعت في بغداد في القرنين الثاني والثالث عشر الميلاديين [السادس والسابع للهجرة] اضطهدت هذه العناصر على نحو حاد بعض علماء المذاهب الثلاثة الأخرى⁽¹¹⁾. ومع هذا أجزى للحنابلة الدخول في

شياً من الموقف. لكن إبراهيم بن الجراح - القاضي الحنفي - قضى له بنصف هذا الموقف. ثم مات هذا الجيل، وجاء إسحاق بن إبراهيم بن عبد الصمد، ورفع الأمر إلى القضاء من جديد فأبطل هرون بن عبد الله القاضي المالكي ما كان قضى به لوالد إسحاق، وجاء ابن أبي الليث فأعطى لإسحاق ما كان أبطله سلفه... وهكذا حتى رفع الأمر إلى الخليفة المتوكل فقضى بنصف الوقف لإسحاق هذا.

(9) يزعم المؤلف أن التنافس العدائي هو الشكل الذي اتخذته العلاقة بين الفقهاء الباكرين، وأن هذا التنافس قد أدخل مكانته للتفاهم المتبادل فيما بعد. لكن الحقيقة ربما كانت عكس ذلك. فالواقع أن الفترات المتأخرة هي التي شهدت كثيراً من الفتن الراجعة إلى تعصب أتباع هذه المذاهب. أما الفترة الباكرة فلم تحفل بشيء من ذلك. فعلاقة محمد بن الحسن بمالك وروايته للموطأ، وعلاقة الشافعي بمحمد خير شاهد على أن الفقهاء الباكرين كانوا يتمسكون بمبدأ أن اختلاف الرأي لا يفسد للود قضية. فعلاقة الشافعي الطيبة بمحمد لم تمنعه من تنقيد آرائه والهجوم عليها [راجع الجزء السابع من الأم] كلما رأى في أدلتها ما يضعفها. وربما كان هذا الجانب هو الذي التفت إليه المؤلف في تقدير العلاقة بين المذاهب وتطورها على النحو الذي زعم.

(10) ربما قبل ذلك عن أحمد بن حنبل في بعض التقديرات الجدلوية، والتي لا تستند إلى أدلة قوية. أما أن ينسب هذا إلى الحنابلة بوجه عام فأقل ما يوصف به مثل هذا القول أنه خطأ كبير؛ فإن ما كتبه ابن القيم - مثلاً - للقيح الحنبلي في إعلام الموقعين انتصاراً للقياس يعد من أوفى ما كتب في الموضوع. كذلك تعكس مؤلفاتهم الفقهية قدرة على التناول لا تقل عن مقدرة المؤلفين في المذاهب الأخرى.

إطار الإجماع، مما يدل قطعاً على راحة هذا الأصل في تحقيق التسامح من ناحية، وعلى حقيقة أن ما اصطلاح عليه بعلم الفقه قد ابتعد آنذاك⁽¹¹⁾. إلى حد كبير عن المسائل الكلامية البحتة من ناحية أخرى.

وكان ظهور نظرية الأصول المشتركة في الجملة بين المذاهب الفقهية قد أثر تأثيراً ضئيلاً على التباين بينها في الأحكام الفقهية، كما سبقت ملاحظته آنفاً⁽¹²⁾. ففي كل من المذهبين الشافعي والحنبلي سبقت النظرية الأصولية في الواقع إقامة بنائها الفقهي. وقد يعلل هذا من ناحية مبدئية لحقيقة التقاء أحكامها الفقهية أكثر مما عليه الحال في أي مذهبين آخرين. ومع ذلك فقد ثارت خلافات جديرة بالاعتبار بين هذين المذهبين، لا لمجرد المتابعة المشددة من الحنابلة لنصوص الأحاديث الضعيفة الحجة في تلك المسائل التي اعتمد فيها الشافعية النظر القياسي فحسب، بل لأن الأحاديث نفسها كذلك قد سمحت غالباً - بحكم أنها كانت تحسباً للممارسات المحلية والاجتهادات الفقهية للمدارس الباكّة - بالاختيار بين أحكامها المتعارضة والمتساوية من حيث الظاهر في حجيتها.

وكان فقه الأحناف والمالكية - من ناحية أخرى - قد ظهر قبل أن يصوغ الشافعي نظريته الأصولية. ومع أن كثيراً من أحكام فقهم قد عبر عنها في شكل أحاديث⁽¹³⁾ عن النبي ﷺ فإن ما سوى ذلك من فقه يبيتهم مما لم يعبر عنه على هذا النحو هو

- (11) متى حدث هذا الابتعاد؟ أقرب تاريخ ذكره المؤلف يعود إلى القرنين السادس والسابع الهجريين. والمؤكد أن استقلال الفقه وعلم الكلام قد حدث قبل ذلك بكثير.
- (12) مرة أخرى يرجع المؤلف إلى زعمه الغريب برجع أصول كثير من الأحاديث إلى الرأي الفقهي، مما ناقشته من قبل. وهو هنا يعدل زعمه هذا قليلاً بما يوقعه في التناقض؛ إذ يذكر هنا أن بعض الأحكام الفقهية قد بلغت مبلغ التعبير عنها في شكل أحاديث عن النبي ﷺ، في حين قصر التعبير عن بعضها الآخر عن الوصول بها إلى ذلك. ويقتضي احترام عقل القارئ أن يبين المؤلف لماذا نعمت بعض مسائل الفقه باختراع أحاديث لها، ولماذا حرم بعضها الآخر من ذلك؟ والواقع أن عدم وجود الدليل هنا إنما يعني رجوع الزعم إلى تخيل المؤلف وميله. ومع الحمل والهوى لا يجدي النقاش. غير أنني أذكر بالحقيقة التي تنبئ إليها المؤلف نفسه، وهي أن التطور الفقهي لم يكن له عقلاً أن يبدأ بدون وجود السنة، فكيف يعتمد الفقه في وجوده ذاته على السنة، ثم يتصور أن الأحكام الفقهية أصل كثير من السنن؟ ويتناقض هذا التصور مع المواقف الماثورة للفقهاء في التحري عن الأحاديث وتقلدها، فضلاً عن موقفهم الخلفي من كل من يضع حديثاً للنبي ﷺ. كما يتناقض كذلك مع طبيعة تكوين المدارس الفقهية من أئمة امتازوا بالبدعة والصدق. أما تعديل المالكية والأحناف لأصول الشافعي فقد كان أمراً طبيعياً، لا يحتاج إلى كل هذا الالتواء في التعليل.

الذي دعاهم إلى محاولة تبريره وتأصيله - خلال القرن التاسع [الثالث الهجري] بتعديل نظرية الشافعي والإضافة إليها في جوانب متنوعة منها.

وتتضمن معظم هذه التعديلات تغييراً في الأصل الأساسي عند الشافعي الذي يتعلق بإثبات تلك الحجية الفائقة لأحاديث النبي ﷺ والذي قد عبر أساساً - كما سبقت ملاحظته من قبل - عن وجهة نظر أولئك الذين عارضوا الآراء الثابتة في المدارس الباكورة آنذاك. ومن ثم فإن من أهم المبادئ التفصيلية المميزة لنظرية الأحناف الأصولية مبدأ: «الزيادة على النص»⁽¹³⁾ نسخ له. ومعناه أنه حيث يتناول نصان شرعيان موضوعاً واحداً بعينه، غير أن أحدهما يضيف معنى جديداً لا يتضمنه النص الآخر فإن النص المتضمن للإضافة أو الزيادة ناسخ للآخر بالضرورة. وقد اتخذ هذا المبدأ لمعارضة حجية حديثين بعينهما: أولهما يقرر صحة الإثبات القانوني بينة تتمثل في شاهد واحد مع يمين المدعى على صدق⁽¹⁴⁾ دعواه، والآخر ينص على عقوبة

(13) مع تقديري لإدراك المؤلف أهمية هذه القاعدة في البناء الأصولي للأحناف فإنني أزعم أنه لم يذلل في تحليلها مجهوداً مناسباً لأهميتها. ولتوضيح هذه القاعدة عندهم ولو على نحو مجمل يجب أن نوضح علاقتها بقواعد الأحناف الأخرى. فيجب أن نأخذ في اعتبارنا - أولاً - ترتيبهم لحجية الأدلة من حيث قطعية الثبوت والدلالة وتقديمهم بطبيعة الحال ما يفيد القطع من جهتها على ما يفيد الظن من جهة أحدهما. كذلك يجب النظر إلى اختلافهم مع الشافعية في إفادة العام القطع ما لم يخصص. فيرتب على ذلك أن عام الكتاب أو الحديث المتواتر القطعي الثبوت لن ينسخ أو يخصص بخبر الواحد الظني الثبوت، خلافاً للشافعية الذين أجازوا تخصيص عام الكتاب أو السنة المتواترة بخبر الواحد؛ وإن منعوا نسخ الكتاب بالسنة. ثم هناك من ناحية أخرى تقسيم الأحناف الثلاثي للسنة (متواترة ومشهورة وأحاد)، في مقابل تقسيم الشافعية لها إلى نوعين (متواترة وأحاد). فاختلاف التقسيم على هذا النحو هو الذي مكّنهم من إطلاق قاعدتهم في رفض تخصيص عام الكتاب بخبر الواحد؛ فإتهم يسلمون بأن الحديث المشهور الذي يشمل خبر الواحد في اصطلاح غيرهم يقضي على الكتاب بالنسخ وتخصيص العام، مع أنه لا يفيد اليقين عند الأحناف. فأحاديث الرجم المشهورة عندهم تخصص عقوبة الجلد الثوردة في القرآن بالزاني غير المحصن. [انظر: كشف الأسرار على أصول الزيدوي لعبد العزيز البخاري 1/82، 2/688، 3/911 طبعة سنة 1307 هـ. وانظر فتح الغفار لابن نجيم: 1/21، 2/135 طبعة الحلبي 1355 هـ]، فقاعدة الزيادة على النص نسخ له مشبعة الجلولور في أصول الحنفية لم يصوغوها تبريراً لرأي أسلافهم.

(14) إشارة إلى حديث رواه ابن عباس عن النبي ﷺ فيه: (أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين). رواه مسلم في كتاب الأقضية من صحيحه. وأخرج أبو داود - كذلك - عن أبي هريرة أنه قال: (قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد). وفي الباب نفسه أحاديث رواها أحمد وابن ماجه والترمذي والنسائي والدارقطني. وفي نيل الأوطار أن الشافعي ضمن رواية حديث ابن عباس، وأكد أن هذا الحديث ثابت لا يرويه أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره -

المالكي (الاستصلاح). كما أن مفهوم الإجماع المحدود بيئة فقهية معينة قد بقي في أصل المالكية (إجماع أهل المدينة) الذي استند الاحتجاج به آنذاك من حيث الشكل على أساس أن المدينة موطن الرسول [ﷺ]، فعملها المتفق عليه إنما هو استمرار لسنته. وهذه الأصول، بحكم دورها ك معايير فقهية غالباً ما تحمل غل الاحتجاج بالسنة أو القياس بمعناه المحدد، أو تعلق عليها، إنما هي معارضة لجوهر أصل الشافعي المتمثل في إصراره على سمو حجية الأحاديث وأن الاجتهاد بالقياس هو المنهج الصحيح الوحيد للاجتهاد الفقهي. ومع أن الكتابات الفقهية قد اتجهت على نحو طبيعي منذ عهد مبكر إلى الإقلال من أهمية المصادر التبعية فإنها تمثل في الواقع المصادر الحقيقية لأهم جوانب الفقه الحنفي والمالكي؛ فإن بقاءهما تحت مظلة الإجماع يظهر: كيف امتص هذان المذهبان بنجاح صدمة هجوم الشافعي عليهما، وكيف استطاعا الاحتفاظ بسماتهما المميزة المستمدة من ظروف نشأتهما الأولى.

وقد أعطى بعض الكتاب المحدثين⁽¹⁾ انطباعاً بأن (الاستحسان) و(الاستصلاح) - كأصليين خاصين للأحناف والمالكية بهما - يوازيان الأصل التبعية المعترف به في المذهب الشافعي وهو (الاستصحاب)⁽¹⁷⁾. لكن الاستصحاب إنما هو مجرد أصل فطري للإثبات التشريعي؛ فهو افتراض أن الحالة الموجودة أصلاً تظل باقية ما لم يثبت العكس، وهو بذلك مبدأ مقبول لدى كل المذاهب، وإن كان الشافعية يعملونه باطراد لا نجده في المذاهب الأخرى. ومن ذلك أن المفقود - على سبيل المثال - يظل حياً ما لم يثبت العكس، أي بحكم قضائي يربح وفاته على أساس أن الوقت الذي انقضى منذ غيبته يكمل له المدة التي يظن بمثله أن يعيشها. ولذا يبدأ استحقاق تركة هذا المفقود وقت صدور هذا الحكم القضائي، ويتحدد ورثته في ضوء ذلك. ومع هذا فإن المذهب الشافعي هو الوحيد الذي اعترف بوجود تطبيق المبدأ نفسه على حق المفقود في أن يرث هو من تركة من مات من أقاربه أثناء غيبته؛ إذ يدل الاستصحاب على أن المفقود يخلف من مات من أقاربه قبل صدور الحكم القضائي بترجيح وفاته. أما في المذاهب الأخرى فإن المفقود يعتبر ميتاً من تاريخ غيبته، فعندهم يعمل الاستصحاب كميحجٍ يحمي تركة المفقود من تعلق حقوق ورثته بها لا كسيف يكسبه الحق في ميراث غيره. ويتضح من هذا المثال وحده أن اعتبار الأصول التبعية

(17) لعل المؤلف يشير إلى ما ذكره عساف فايزي في كتابه: Outlines of Muhammadan Law

للمذهبيين الحنفي والمالكي موازية بأي حال للاستصحاب أمر ينطوي على خطأ كامل في فهم وظائف هذه المصادر ومدلولاتها.

وما إن غابت هذه العداوة التي غلبت في بداية الأمر على العلاقة بين المذاهب، لتعقبها حالة من التعايش السلمي بينها حتى كشف التطور التشريعي عن بعض شواهد التأثيرات المتبادلة فيما بين هذه المذاهب. ولئن كان هذا التفاعل قد أسفر غالباً عن نوع من التماثل الظاهري في بعض الفروع الفقهية فإنه لم يتناول الخصائص الأساسية لكل مذهب إلا نادراً.

ففي أحكام القتل - على سبيل المثال - تأخذ كل المذاهب بإجراء القسامة. وقد كانت القسامة في مدرسة المدينة خاصة أحد طرق إثبات جناية القتل، حين لا يمكن إثبات الجريمة على المتهم سواء بإقراره أو بالنصاب المجهود في الشهادة من رجلين عدلين عابثا القتل. ومن ثم يختلف أقرباء القتيل أو عائلته خمسين يمينا على أن المتهم بالقتل هو الذي ارتكب الجريمة، فتثبت إدانته إن كانت هناك بعض القرائن الأخرى التي تقوي تلك الإدانة. وتتمثل هذه القرائن طبقاً لما يقرره الإمام مالك في نوعين اثنين: أولهما تقرير المقتول عند احتضاره بأن المتهم هو الذي قتله، وثانيهما شهادة شاهد واحد عاين القتل. ويطلق مالك على هذه الحالة الثانية مصطلح (اللوث)⁽¹⁸⁾، بينما يعرف الشافعي مصطلح (اللوث) على نحو أوسع ليشمل كل القرائن الكافية لإقامة الدعوى ضد المتهم. وقد تأثر الفقه المالكي فيها بعد بهذه النظرة إلى حد أنه عين قرائن أخرى عديدة تنشئ (اللوث) بدرجة تكفي للحكم بإجراء (القسامة)، مثل أن يرى المتهم

(18) استنتاج انحصار اللوث عند الإمام مالك في شهادة شاهد واحد استنتاج غير صحيح، فمبارته في الموطأ 78/3: «القسامة لا تجب إلا بأحد أمرين، إما أن يقول للمقتول دمي عند فلان، أو يأتي ولادة الدم بلوث من بيته وإن لم تكن قاطعة على الذي يدعى عليه الدم، فهذا يوجب القسامة المدعى الدم على من ادعوه عليه، ولا تجب القسامة عندنا إلا بأحد هذين الوجهين. قال مالك: وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا فكلام مالك المقتول هنا لا يوحى من قريب ولا من بعيد بأن اللوث عنه لا يتألف إلا من شهادة الشاهد الواحد، ولا يدل كلامه إلا على أن اللوث هو كل بيته غير قاطعة. ويتأيد هذا بما يقرره ابن رشد عن مذهب إمامه في أن الشاهد الواحد على القتل لوث عند مالك، وأنه يوافق الشافعي وفي قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطاً بدمه ويقرره إنسان بيده خديعة مدمامة بداية للمجهود 394/2. ومع ذلك فاللوث المرجح للقسامة أوسع عند الشافعي منه عند مالك في أن وجود القتل في حلة بعينها لا يمثل لوثاً موجباً للقسامة عند الثاني وإن أوجبها عند الأول. لكن معنى اللوث عند مالك لم يكن على هذا الضيق الذي فهمه المؤلف. وقد توسع الحنابلة في معنى اللوث كذلك، انظر إعلام الموقعين 371/4.

غضباً بالدم إلى جوار جثة قتيل. غير أن الفقه الشافعي والمالكي لم يصلا مع ذلك إلى الاتفاق الكامل حول القسامة أبداً؛ فعند المالكية تمثل تسمية المقتول عند احتضاره للقاتل سبباً من أسباب اللوث⁽¹⁹⁾ الأمر الذي لم يقبله الشافعية، ولم يعتبر المالكية بدورهم دليل العداوة القائمة بين المتهم والقتيل سبباً من أسباب اللوث، وهو ما قبله الشافعية⁽²⁰⁾. وقد يلاحظ أن الفقه الحنفي لم يشارك في هذا التطور، بل احتفظ بالثابت في مدرسة الكوفة التي رأت في القسامة طريقاً دفاعياً في أساسه، بمعنى أن يطلب خمسون يميناً من سكان الجيرة التي وجد فيها جثمان القتيل، لنفي اتهام أحد منهم بارتكاب القتل⁽²¹⁾.

ويمثل مبدأ الكفاءة⁽²²⁾ في غيط التشريع الأسري مثلاً آخر على التفاعل بين المذاهب؛ فقد بدأ القول بها في الكوفة، ثم تبناها المذهب المالكي فيها بعد، مع أنها لم تكن معروفة لأهل المدينة الباكريين، لكنها لم تصل في هذا المذهب إلى المدى الذي وصلت إليه في الفقه الحنفي. فمثلاً ذهب الأحناف إلى أن حرقة الزوج أو مهنته عنصر هام في تحديد كفاءته للزوجة، ليقرروا بناء على ذلك ترتيباً متفاوتاً لأنواع المهن. أما المالكية فلم يعتبروا هذا العامل المادي مطلقاً. كما أن مبدأ الكفاءة لم يكن له في التشريع الأسري عندهم هذا المغزى الذي تضمنته عند الأحناف الذين اعتمدوه. في الأصل - سبباً إلى حماية حق الولي، فله الحق عندهم في إبطال زواج المولي عليها البالغة إذا عقدته بدون حضور الولي ولا موافقته، ولم يكن الزوج كفواً لها، بينما لا يعتقد الزواج صحيحاً في المذهب المالكي إلا بولي المرأة، ومن ثم فطلب فسخه لعدم الكفاءة إنما ينحصر في الأحوال التي غرر فيها الزوج بالأولياء في إعلامهم بمستواه الاجتماعي.

وقد كانت أهم النتائج التي شهدتها تاريخ التشريع الإسلامي لهذا التطور المتعدد الجوانب في النظرية الأصولية وفي تعديل أحكام الفروع الفقهية بما يتلاءم معها هي فقدان المعرفة الواعية بالأصول الحقيقية للتشريع. فقد حاول كل من الأحناف والمالكية

(19) هذا عند الإمام مالك ليس من قبيل ما ينشئ اللوث، فموجب القسامة عنده في النص الذي نقلته عنه في هامش سابق إما أن يكون بتسمية المقتول عند احتضاره للقاتل أو بلوث من بينه. ويدل هذا التقسيم على اتفاقه مع الشافعية في عدم اعتبار تسمية المقتول بما ينشئ اللوث وإن كانت هذه التسمية موجبة للقسامة بطريق مستقل عن الطريق الآخر المتمثل فيما اصطلاح عليه باللوث.

(20) راجع مذهب الأحناف في القسامة في المداية - مثلاً - ص 126 من الجزء الرابع.

تعزيز تراثهم الفقهي بنسبة الآراء التي ظهرت مؤخراً في الفترة (الكلاسيكية) إلى مثلثهم الأول، فأخذ كل من مالك وأبي حنيفة يحتل مكانة لم تكن له من قبل، حيث اعتبر كل منهما المنشئ للمذهب. ومن ناحية أخرى⁽⁵⁾، فإن الخلافات بين هذين المذاهبين - التي نبتت من طبيعة نشاطها المحلية أساساً - قد استمرت وتأيدت بوضعها في شكل النتائج المشروعة للاستنباط الفقهي المحكوم بنظرية الأصول الأربعة⁽²¹⁾، وهذا

(21) تتضمن عبارة المؤلف هنا أن الاختلافات الفقهية التي نشأت بين الأحناف والمالكية قبل الشافعي ووضعه نظريته الأصولية قد تم وضعها بعد ذلك وضعاً جديداً في ضوء هذه النظرية. ويتطوي مثل هذا الزعم على نوع من التناقض مع ما قرره المؤلف نفسه من أن عمل الشافعي لم يكن جديداً على التفكير الفقهي. ومعنى ذلك أن التفكير الفقهي - فيما اعترف به المؤلف - كان عكساً بمنهج اختلف مع منهج الشافعي في بعض الجوانب، وإن اعتمد عليه الشافعي في صياغته نظريته. وأكثر من ذلك أن المؤلف قد اعترف أيضاً بأن مجيء نظرية الشافعي لم يصرف فقهاء الأحناف والمالكية عن قواعدهم الأصولية الخاصة بهم. فلا معنى إذن لما يقرره هنا من أنهم اتجهوا بعد ذلك إلى وضعها وضعاً جديداً في ضوء هذه النظرية. وتحقيق هذا الأمر أن أتباع الأحناف والمالكية قد أضافوا حقيقة من التطور الفقهي في استخدام مصطلحات أكثر دقة في التعبير عن الأحكام الفقهية مثل مصطلح «الاحتياط» الذي أشار إليه المؤلف، كما أضافوا دقة هذا التطور في تقديم استدلالات وتعليقات جديدة لأحكام مذهبهم. لكن ذلك لا يعني أن تفكيرهم الفقهي كان عكساً بمنهج يختلف اختلافاً جذرياً عن المنهج الذي وضعه الشافعي؛ فمنهج التفكير الفقهي قبل الشافعي وبعده واحد في أساسه، وإن تعدل بمجيء الشافعي وبعده بطبيعة الحال ليكتسب الدقة والإحكام في التعبير عن مقتضيات النمو الفقهي. والدليل على وحدة هذا المنهج ما يلي:

(أ) أن هذا المنهج الواحد قد حدد القرآن الكريم أساسه في آية النساء: 59 الجامعة لجوانب هذا المنهج. فهو بنص الآية يقوم على دعامين: الأولى طاعة الله ورسوله فيها حكماً به. والأخرى الرد إليهما عند التنازع، مما يعني الاعتماد على الإجماع عند عدم التنازع، والقياس عند حدوث التنازع، فهو الذي يتحقق به الرد إلى الله ورسوله؛ فالمرود إليه - كما لاحظ الشافعي - لا بد أن يكون موجوداً.

(ب) يصبح أن نفهم في ضوء ذلك ما تتابع عليه المحققون من إسناد قواعد أصولية إلى فقهاء الصحابة أنفسهم والتمثيل لقواعد أصولية عديدة بأمثلة من الأحكام التي توصلوا هم إليها.

(ج) الناظر إلى كتاب محمد بن الحسن الشيباني (الحجج المبينة في الرد على أهل المدينة) الذي نشر أخيراً في الهند بحمد الله والذي ألفه هذا الإمام قبل كتابة الشافعي نظريته الأصولية لا يجد اختلافاً بين منطق الاستدلال ومنطق الشافعي في الأم الذي رد فيه على كتاب عمده هذا. وقد استفاد فقهاء الأحناف المتأخرون بأدلة هذه في تعزيز الأحكام الفقهية التي اختلفوا فيها مع غيرهم.

ويبرز كل ذلك أن مغالاة المؤلف في تقدير أهمية عمل الشافعي في الأصول إنما هدفه التهوين من

هو الذي حدث، سواء تمثل الباعث الأصلي على الاختلاف في العرف العملي للبيئة أو في الرأي الفقهي أو في أي عامل آخر. لقد اختلفت مدرستنا المدينة والكوفة - (4) كما رأينا - في تقدير ما يجب على الزوج من مؤنة لمطلقة البائن أثناء عدتها؛ فيجب على الزوج في مذهب الكوفة أن يتحمل مؤنتها كلها [نفقة وسكنى]؛ على حين يتمثل حقها عند أهل المدينة في مجرد إيواء الزوج وإياها في منزله، ما لم تكن حاملاً. ثم اضطُر كل من فقهاء الأحناف والمالكية في الفترة (الكلاسيكية) إلى الاحتفاظ بأراء أسلافهم مع العمل على تبريرها في حدود ما صار معياراً مقبولاً لضبط حق الزوجة في النفقة، المتمثل في أن النفقة تجب على الزوج مقابل حقه في احتباس الزوجة. وقد كان كل من المذهبين معترفاً بأن إيجاب العدة لمصلحة الزوج، من حيث إنها شرعت لتحديد أبوة الطفل الذي قد تلده المطلقة. ولكن بيننا اعتبر الأحناف أن العدة في ذاتها نوع من احتباس الزوج لأنشطة الزوجة، بحيث تكفي وحدها لإيجاب نفقتها عليه، فإن المالكية ذهبوا إلى أن الأمر كذلك إذا أثبتت الزوجة أنها حامل من الزوج السابق فعلاً. ومن الواضح أن الباعث الأصلي على هذا الاختلاف، وهو وجود قراءات متنوعة للقرآن في الموضوع، قد آل أمره إلى النسيان منذ أمد بعيد (22).

ويتروى كثيراً أن الاختلافات بين المذاهب السنية لا أهمية لها نسبياً إذا ما قورنت باتفاقاتهم المبدئية، وأن النظم الخاصة بكل منها متوحدة في المبادئ الأساسية للتشريع وأغماطه الرئيسية، فالاختلاف إنما هو في التفاصيل الثانوية فحسب.

وينبغي أن نسلم بأن تلك هي طبيعة القدر الأكبر من هذه الاختلافات؛ إذ لم تتفق المذاهب كلها - مثلاً - على التصور الأساسي القاضي بأن شرعية النسب تعتمد

= قيمة غيره، والرغبة في رجوع قواعد الأصول إلى عصر الشافعي تمهيداً لتعريضها عن مصادر قوتها الحقيقية من جهة، والحكم باختلاف استدلال الفقهاء على الأحكام الشرعية من جهة أخرى.

(22) يشير المؤلف إلى قراءة ابن مسعود الآية سورة الطلاق (6): ﴿أَسْكَنْهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ بإضافة: ﴿وَأَنْفَقُوا عَلَيْهِمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾.

ويبقى بعد ذلك أن نناقش المؤلف في زعمه أن الأحناف والمالكية قد أبد كل منهما وجهة نظره الخاصة في ضوء فكرة «الاحتباس» التي ظهرت مؤخراً، مع أن سبب الاختلاف الأصلي بينهما يرجع إلى قراءة ابن مسعود المثبتة للنفقة، وأن هذا السبب الأصلي قد آل أمره إلى النسيان منذ أمد بعيد.

والحقيقة أن المتأخرين لم يغفلوا هذا السبب مطلقاً. ففي القرن التاسع ينص فقيه حنفي على التعاليل لمذهب الأحناف هنا بقراءة ابن مسعود [انظر مثلاً: فتح القدير 3/321، 342]، والمؤكد أن المؤلف قد عرف هذا السبب الأصلي من كتابه الفقهاء، فكيف يقطن بهم نسيانه؟

على وقوع الحمل أثناء زواج شرعي ثابت، لا على مجرد الولادة. كما تعترف هذه المذاهب بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فلا يثبت النسب الشرعي لولد أنت به أمه في الشهور الستة الأولى من زواجها. وإنما يختلفون هنا في احتساب فترة الشهور الستة، من حين وقت الزواج أو من وقت الدخول الفعلي. وإلى جانب هذا فإن القواعد الأساسية التي تحكم (حضانة) الأولاد مشتركة بين هذه المذاهب جميعاً. فبعد الطلاق أو افتراق الوالدين تختص الأم بحضانتهم، غير أنها تفقد هذا الحق إذا تزوجت من جديد أو إذا أخذت ولداً بعيداً عن رعاية الأب وضبطه، وعندئذ تنتقل الحضانة إلى أم الأم أو غيرها من قريبات الولد، حسب ترتيب متفق عليه على وجه العموم. ويحصر الخلاف بين المذاهب إلى حد كبير هنا في نهاية مدة الحضانة؛ فقد ربي أنها تنتهي بالنسبة للبنات عندما يصلن إلى سبع سنوات عند الشافعية، وإلى تسع سنوات أو يبلوغيهن عند الاحناف، أو إلى زواجهن عند المالكية. ومثل هذه التفصيلات الفقهاء - فيما قد يلاحظ - هي المجال الغالب للاختلاف الذي يكثر وقوعه بين فقهاء المذهب الواحد مثلاً يكثر حدوثه بين المذاهب المختلفة.

ومع ذلك فهناك فروع تمثل فوارق واضحة بين مذهب وآخر، وليس من السهل اعتبارها مجرد خلافات ثانوية. ومن أمثلة ذلك اختلافهم حول موضوع الفرقة بين الزوجين؛ فعل حين تعترف المذاهب كلها بانقضاء الزواج دون تدخل من المحكمة، إما بالطلاق يوقعه الزوج أو باتفاق الزوجين فإنها تختلف في الأنساب التي قد ينقضي بها بحكم القاضي اختلافاً بيناً. ففي المذهب الحنفي يتمثل السبب الوحيد لطلب الزوجة الطلاق في عجز الزوج عن مباشرتها تماماً نتيجة عجز جنسي⁽²³⁾. غير أن الفقه المالكي يميز للزوجة أن تبني طلبها هذا على هجر الزوج لها، أو عدم إنفاقه عليها، أو قسوته في معاملتها، أو لقصوره الجنسي (حتى إن حدث هذا القصور بعد إتمام الزواج بالدخول)، أو مرضه مرضاً مستعصياً أو مزمناً، مما يجعل العلاقة الزوجية مضرة بالزوجة⁽²⁴⁾. وهكذا يتضح أن الخلاف هنا قائم بين مذهب لا يعترف بفسخ الزواج

(23) يسقط حق الزوجة في طلب الطلاق عند الأحناف إذا عاشرها زوجها ولو مرة واحدة؛ فإنما يحق لها طلب ذلك عندهم إذا كان عتياً أو خصياً لا يستطيع إتيانها، ولم ترض بذلك. ويضيف عمدة بن الحسن بعض الأمراض المستعصية مثل الجنون والبرص والجذام خلافاً لأبي يوسف وأبي حنيفة.

راجع: فتح القدير 263/3 وما بعدها والمبسوط للسرخسي: 101/5.

(24) انظر رأي المالكية في هذا الموضوع في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 277/2 وما بعدها.

قضائياً إلا بسبب «خلل» أصلي يعتري الزواج، وآخر يعترف بالتفريق القضائي، لمجموعة متنوعة من «الأخطاء» التي تلم بالعلاقة الزوجية، والتي قد يقع فيها الزوج.

ويتضمن الميراث مثلاً آخر للاختلافات التي لا تعد من قبيل الأمور الفرعية القليلة الأهمية. فالقاعدة الأساسية للتوريث في كل المذاهب هي البدء بتوزيع الأنصبة المحددة شرعاً على أصحاب الفروض، وإعطاء باقي التركة لأقرب عاصب. ولكن عند غياب العصبات جميعاً فإن المالكية يرون أن تؤول التركة إلى بيت المال. على حين ترى المذاهب الثلاثة الأخرى أن بيت المال لا يرث إلا عند انقطاع الورثة جميعاً. ويعقب هذا الخلاف ثلاث نتائج رئيسية: أولاً أن مبدأ الرد بكامله - وهو عود الباقي من التركة على أصحاب الفروض بنسبة أنصبتهم عند غياب العاصب - لا مكان له في المذهب المالكي. وثانياً أن ذوي الأرحام - مثل أولاد بنت الميت أو أخته يرثون في المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي عند غياب الأقارب الوارثين بالقرض أو التعصيب على حين أنهم لا يرثون في المذهب المالكي أبداً، فهم يحجبون بيت المال الموجود على الدوام. وآخرها أن تقييد سلطة التصرف بالوصية إلى ثلث التركة إنما شرع لحماية لمصالح الورثة الشرعيين، فيصح لمن لم يخلف أقارب ترثه أن يوصي بجميع ماله في المذاهب الثلاثة، على حين يخضع للتحديد بالثلث في المذهب المالكي.

ويمثل المغزى المستخلص من هذه النتائج الثلاث في أن اعتبار بيت المال وارثاً قد أعطى نظام التوريث المالكي سمته الخاص المتميز عن غيره. وهذا هو الحال غالباً، بمعنى أن في الإمكان رجوع مجموعة من الخلافات بين المذاهب في الفروع إلى اختلاف أساسي معين بينها. فالنظر إلى هذه الخلافات باعتبارها دوماً خلافاً جزئية في موضوعات متفرقة يشكل إغفالاً للوحدة الأساسية لكل مذهب وما ينطوي عليه من تماسك.

وفي الواقع فإن الخلاف الفقهي يصل إلى أبعاد أعمق بكثير من مجرد الاختلاف في الفروع الفقهية، وينفذ إلى أسس المنهج الفقهي في هذه المذاهب ونظرتها العامة. فقد أصبح من المعتاد إجراء التقابل بين الأحناف باعتبارهم «أنصاراً للرأي» والمالكية باعتبارهم «أنصاراً للحديث». وهناك قليل من الحق في هذا التقابل إذا قصد بهذين المصطلحين الإشارة إلى الخلاف بين هؤلاء الذين يعملون العقل الإنساني في التشريع وهؤلاء الذين يرفعون سنة النبي ﷺ الموحى بها من الشارع؛ فقد اتخذ كلا المذهبين في فترة نمو الفقه موقفاً واحداً في هذا الصدد. وأغلب الظن أن هذا التقابل في الأوصاف مرده إلى مصادر الفقه التبعية التي يعترف بها كل من المذهبين المذكورين؛

فقد اعتبر «إجماع أهل المدينة» المالكي في الأزمنة الكلاسيكية امتداداً للسنة النبوية - وكان مصطلح السنة يرادف مصطلح الحديث في الاستعمال آنذاك - بينها ارتباط «الاستحسان» الحنفي من وجهة نظر خصومهم في الأقل بالرأي التحكيمي غير التقيد بالأدلة المعتبرة. ومن ثم فإن النظر إلى هذا التقابل في ضوء هذا الاعتبار إنما يعكس اختلافاً أساسياً في الطابع بينهما، هذا الاختلاف الذي قد تبرزه حقيقة مصادرها التبعية المتفاوتة على نحو قد يتمثل في المتابعة المحافظة على التقاليد في الفقه المالكي وحرية الاجتهاد الفقهي السائدة في الفقه الحنفي. وتظهر مسائل كثيرة من التشريع الأسري - كذلك الأهمية البالغة للسلطة الأبوية في الزواج عند المالكية - أن الفصل بين هذين المذهبين راجع إلى أن أحدهما كان يستهدف المحافظة على التقليد الثابت، بينما كان الآخر يعمل على وضع التقاليد الفقهية التي يلتزم بها.

وثمة خلاف آخر بين المذهبين الحنفي والمالكي في مدى سلطة القانون ودور المحاكم التي تطبقه. ففي مسائل كثيرة يمثل النظر المالكي نوعاً من التناول الحلقي للمشكلات القانونية في مقابل الموقف الشكلي الذي تبناه الأحناف. فبينما يعلق المالكية أهمية كبرى على نية الشخص التي تؤثر عندهم في صحة تصرفه، يوجه الأحناف اهتمامهم أساساً إلى التصرف الظاهر نفسه.

فمذهب المالكية فيما لو أقر شخص على نفسه بدين وهو في مرض الموت أن هذا الإقرار خاضع لتقدير المحكمة، وهو صحيح ونافذ فيما لو اقتصرت المحكمة بمطابقتها للواقع وأن المقر لم يقصد من تصرفه النافع للمقر له إلى الإضرار بورثته الشرعيين. بينما لا نجد لدى الأحناف أي اتجاه للتحقق من نية المقر على هذا النحو؛ فالأساس عندهم أن الإقرار صحيح إذا كان لشخص من غير الورثة، وغير صحيح إذا كان لوارث⁽²⁵⁾. ومن الباب نفسه أن مانع الزواج الذي ينشأ بين الزوج ومطلقة المبتنة منه بثلاث تطليقات لا يزول إلا بزواجها من غيره، ودخول هذا الغير بها، ووقوع الفرقة بينها بعد ذلك بطبيعة الحال. غير أن المالكية يرون أن لنية الزوج الثاني أهمية بالغة، بحيث لا يزول المانع إذا ثبت لدى المحكمة أن قصده كان هو مجرد تمكين الزوجة من الرجوع إلى زوجها الأول⁽²⁶⁾. وعلى العكس من ذلك يرى الأحناف أن البحث في نية هذين الطرفين أمر خارج عن ولاية المحكمة. فيفيد الزواج الثاني عندهم إزالة المانع في كل

(25) الزيلعي 26، 0245 والهداية: 190/3.

(26) بداية المجتهد 63/2 ط. لاهور.

حال ما لم يكن هذا هو الهدف المعلن عنه صراحة⁽²⁷⁾. وتبدو هذه الشكلية المنهجية للفقه الحنفي جلية على نحو خاص في موقفه من موضوع الحيل الفقهاء، كما سنرى فيما بعد⁽²⁸⁾.

إن الأحاديث النبوية لمي في الغالب تعبير عن المعايير الخلقية أكثر منها تحديدات للأحكام القانونية. فالتناول الخلقي للمسائل الفقهية يغلب دائماً لدى أولئك الذين يعتبرون الأحاديث هي المقياس النهائي للسلوك⁽²⁹⁾. ومن ثم فليس مثيراً للدهشة أن يكون الحنابلة هم الذين ذهبوا أبعد من غيرهم في محاولة توحيد رافدي الأخلاق والقانون المتعاقين في الشريعة. ففي الفقه الحنبلي - مثلاً - أن القرض بفائدة باطل لذاته تماماً، لسبب بسيط هو حرمة الربا، على حين يرى المالكية والشافعية أن القرض بفائدة باطل أيضاً، ولكن لسبب قانوني أكثر فنية، هو أن العقد قد اختل في أساسه وجوهره، بمعنى أن الاتفاق المتبادل للمتعاقدين قد ورد على تصرف غير مشروع. أما الفقه الحنفي فإنه يطبق قاعدته المشهورة في الفصل بين أصل التصرف ووصفه⁽³⁰⁾.

(27) فتح القدير 177/3.

(28) لتوضيح قاعدة الأحناف في التفريق بين الأصل والوصف - بإيجاز شديد - فإنه يلزم أن نشير إلى تقسيمهم المعروف للمنهج عنه إلى قسمين:

أولهما: المنهي عنه لعينه (وضماً) كالكفر، لأن قبح كفران المنعم مركوز في العقل قبل ورود الشرع، وكالظلم والكذب واللواط، أو (شرعاً) كبيع الحر فإنه ليس مالاً، ومحل البيع المال، وكالزنا وشرب الخمر. ولا خلاف بين الفقهاء في عدم شرعية هذا النوع مطلقاً وأن حرمة لا تقبل النسخ.

والثاني: المنهي عنه لغيره كالنهي عن البيع وقت النداء والصلاة في الأرض المغصوبة؛ فكل من هذين التصرفين صحيح في أصله، اتصل بمعنى زائد عليه. غير أن هذا المعنى إن قبل الانفكاك عن الأصل فهو (المجاور) كالمثاليين السابقين؛ فالصلاة تنفك عن المكان وهو الأرض المغصوبة، والبيع ينفك هنا عن الزمان وهو الوقت المخصوص بالنداء. والشافعية مع الأحناف على أن مثل هذا المجاور لا يغير صحة أصل الفعل، وإن اقتضى الكراهة. أما إذا كان المعنى الزائد ملازماً للأصل لا ينفك عنه مثل البيع المشتمل على الزيادة الربوية أو البيع بالشروط العفسة فإن الاصطلاح عليه بالوصف، وهو هنا الزيادة الربوية والشرط الفاسد.

ويمكن في ضوء هذا التقسيم فهم الخلاف بين الأحناف والشافعية في مقتضى النهي أصلاً. وعلى حين يتفق الفريقان في إفادته (النهي) البطلان والقبح الذاتي إذ تعلق بالأعمال (الحسية) كالزنا وشرب الخمر، فإنهما يختلفان في مقتضاه الأصلي إذا تعلق بالتصرفات (الشرعية)، أي التي لها وجود حسي وشرعي كالبيع. فعند الأحناف أن النهي هنا يفيد كون التصرف من قبيل المنهي عنه لغيره إلا أن توجد قرينة تصرفه إلى المنهي عنه لذاته. وهكذا. يفيد النهي الفساد ما لم تصرفه قرينة إلى البطلان. ومذهب الشافعية عكس ذلك. فالنهي يفيد البطلان ما لم تصرفه قرينة إلى الفساد أو الكراهة.

ليبطل كل الشروط المخالفة كشرط الفائدة هنا، وليعتبر ما يبقى من التعاقد، وهو هنا القرض بدون الفائدة، تصرفاً صحيحاً. ومن الطبيعي أن تحكم هذه المواقف المختلفة الإجابة عن السؤال التالي: أمن الواجب على المقرض - في هذه الحال - أن يرد ما تسلمه من المقرض إليه فوراً؟ أم أن له أن يستفيع به ويرده عند حلول الأجل؟.

ويكشف مثل هذا التبع عن المدى الحقيقي للتباعد بين المذاهب المختلفة، بحيث تبدو كما هي في واقع الأمر نظماً مستقلة تشكلت خصائص كل منها من ظروف نشأتها. ومن ثم فإن التقويم الموضوعي لطبيعة الخلاف بوجوه المتنوعة كلها هو الذي يكشف النقاب عن نظرية الأصول التقليدية، وهو مفتاح فهم التطور التاريخي للتشريع الإسلامي في القرون الثلاثة الأولى للهجرة.

ومع أن العلاقة بين هذه المذاهب في العمل القانوني سوف تناقش⁽²⁹⁾ فيما بعد على نحو أكثر ملاءمة فقد يكون من المناسب هنا أن نشير إلى استقرار التوزيع الجغرافي لها في العصور الوسطى، حيث كانت المحاكم في البقاع الإسلامية المختلفة قد انتهت بالتدريج إلى تطبيق فقه مذهب معين من هذه المذاهب دون غيره. والواقع أن هناك عوامل مختلفة قد حكمت التوزيع الطبيعي للمذاهب. فقد ينتشر مذهب ما بتأثير مراكز التعليم، أو بسبب فرضه رسمياً في مجتمع معين بواسطة السلطة السياسية. ونذكر هنا بأن المتقاضين في «دار القيل» لم يمكن لهم أنفسهم خيار في المذهب المطبق في قضيتهم⁽³⁰⁾ - أو لأن الجماهير قد توارثته عن أسلافها الذين تبناه عند دخولهم في الإسلام، تأثراً بالدعاة أو التجار المتنقلين على طرق التجارة المعروفة. ومن ثم يمكن القول عموماً بأن الفقه الحنفي قد غلب في الشرق العربي وشبه القارة الهندية، كما غلب الفقه المالكي في شمال أفريقيا وغربها ووسطها، والفقه الشافعي في شرق أفريقيا والجنوب العربي وجنوب شرق آسيا. ولم ينتج المذهب الحنبلي⁽³¹⁾ أبداً في

= وأهم ما يترتب على هذا الخلاف هو التفريق بين الفساد والبطان في مقابل ترادفهما عموماً عند الشافعية إلا في استثناءات محدودة ذكرها السيوطي في الأشياء والنظائر ص 286. انظر في ذلك: فتح الغفار لابن بيجم 77/1 إلى 84، وأصول الشافعي (نشر مكتبة إمدادية - ملتان - باكستان) ص 46 إلى 48، وجمع الجوامع لابن السبكي (طبعة عيسى البابي الحلبي) 396/1 إلى 398.

(29) تغلب المذهب الحنبلي في بغداد في القرن الرابع الهجري، وانتشر بكثير من بلاد الشام، وتأخر ظهوره بمصر ظهوراً يئناً إلى القرن السابع الهجري، كذلك انتشر في بعض بلاد إقليم خوزستان. انظر في ذلك: نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الأربعة.. أحمد تيمور باشا والمراجع التي أشار إليها من ص 88 إلى 93.

اكتساب أية سيادة إقليمية حقيقية حتى تبنت الحركة الوهابية معتقداته في القرن الثامن عشر الميلادي، فعندما هو التشريع الرسمي للمملكة العربية السعودية إلى اليوم.

ومن ثم فإنه بالرغم مما قد تبدو عليه المذاهب الأربعة من تباين في أحكامها وفي توجيهها للعمل القانوني على نحو عام فإنها قد تلاحت وتآلفت معاً في فلسفة التشريع الإسلامي، باعتبارها أوجهاً متلازمة في الكشف عن حقيقة واحدة، هي حكم الشارع. وتجد هذه الفلسفة المصوبة للمذاهب جميعها - تلك التي تقدم من زاوية النظر الموضوعي التاريخي تزيئاً للخلافات الفقهية ويتهون من شأنها في ضوء اشتراك هذه المذاهب جميعاً في أصول واحدة - عرضاً واضحاً ومتقبلاً لها في ميزان⁽³⁰⁾ «الشعراني» المؤلف قريباً من سنة 1530 م [937هـ]. وهو يؤكد في هذا الكتاب أن الاختلافات بين المذاهب هي مجرد نتائج للاعتماد على الحكم المشروع عند غياب الحكم الظاهر للنص الشرعي. وما دام الشارع قد أتاح للنظر الإنساني مجالاً فسيحاً في تحقيق مبادئه الأساسية وتأويلها فإن اختلافات الرأي قد تفسر جميعها في حدود معيار واحد، هو التشدد النسبي أو التيسير في التأويل. ومن ثم فإن الشعراني يفضل الحديث عن «التوسعة» في التأويل بدلاً من «الاختلاف». وقد نجد موقفاً يوازي هذا النوع من النظر إلى حد كبير في التراث اليهودي تجاه مدرستي «التشريع التلمودي»⁽³¹⁾ اللتين

(30) هذا الكتاب هام للغاية في تقدير العلاقة بين المذاهب الفقهية المختلفة. ويعبر صاحبه عن هدفه منه في قوله: «فهذه ميزان نفيسة حاولت فيها ما ينحوه يمكن الجمع بين الأدلة المتغايرة في الظاهر وبين أقوال جميع المجتهدين ومقلديهم من الأولين والآخرين إلى يوم القيامة كذلك» [ص 3]. ويقر المؤلف جلة ميزانه هذه وأن أحداً لم يسبقه بها وأنها حظيت برضا كبار علماء عصره، فيقول: «لم أعرف أحداً سبقني إلى ذلك في سائر الأدوار، وصفتها بإشارة أكابر أهل العصر من مشايخ الإسلام وأئمة العصر بعد أن عرضتها عليهم من قبل» [ص 3]، وتتلخص وجهة نظره في اتصال أقوال المجتهدين على اختلافها بعين الشريعة، «فما من حكم استنبطه المجتهد إلا وهو متفرع من الكتاب أو السنة أو منها معاً».

ويستتج من ذلك أن جميع أقوال المجتهدين لا تخرج عن ثلاثة احتمالات: التوسط وهو صلب ميزانه، ثم على طرف منه الرأي المتشدد وهو العزيمة وعلى الطرف الآخر الرأي اليسر وهو الرخصة. لكن ذلك التفاوت ليس على سبيل التخيير بل على سبيل الترتيب الوجوبي، فلا يصبح لمن قدر على فعل العزيمة أن ينزل إلى الرخصة. ولم يكن الشعراني بهذا البيان النظري بل بتبع اختلافات العلماء في أغلب الأبواب الفقهية وراح يوضحها في ضوء ميزانه. الميزان الكبرى طبعة الحلبي وبها مشه رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقي.

(31) التلمود كتاب اليهود الذي يضم ما توارثوه من أحكام نشأت من دراساتهم للتوراة وتعليقاتهم. وقد جمعت هذه التعليقات أول ما جمعت في كتاب أسموه «المشناه»، ألّفه يهودا حكا دوش ما بين سنة 135 إلى 210 عربة، وقد ضمنه أحكام الزراعة والأعياد السنوية والمرأة والضحايا =

تلتحق جهودهما معاً بنصوص الشرع نفسه، حتى قيل بأن القانون التلمودي بهذا يعلن عن فلسفة تعدد الحق على نحو واضح وصريح. فيها أن الاجتهادات الإنسانية في أفضل أحوالها ناقصة وقاصرة فإن حكمين متعارضين - أو أكثر - في تصرف واحد قد يتساويان في النظر العقلي والعمل بموجبهما⁽³²⁾. وقد عبر التشريع الإسلامي عن هذا المفهوم ذاته على نحو بليغ بعبارة نسبت للنبي ﷺ: «اختلاف⁽³³⁾ الرأي في أمي من آثار رحمة الله»⁽³⁴⁾.

= والقرايين والطهارة. ثم صدرت بعض التعاليق على المشنا بمرور الزمن، فتألف كتاب آخر هو «الجمارة». ومن الاثنين معاً تكون التلمود. غير أن «الجمارة» اختلفت في بابل عما لاهل فلسطين منها، نظراً لاختلاف التفكير في كل من هاتين المدرستين. وبناء على ذلك اختلف تلمود بابل عن تلمود فلسطين، وإن قبلت كل من المدرستين تفكير الأخرى.

(32) إشارة إلى المشهور على ألسنة الناس بعبارة: «اختلاف أمي رحمة». وتضمنت كتب السنة عن ذلك. غير أن ابن عابدين قد عني بتخريجه في الحاشية. وأنقل هنا نص عبارته، يقول: «رواه البيهقي بسند منقطع عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما بلفظ قال رسول الله ﷺ: مهما أوتيت من كتاب الله فالعمل به لا عذر لأحد في تركه فإن لم يكن في كتاب الله سنة مني ماضية، فإن لم تكن سنة مني فما قال أصحابي إن أصحابي بمنزلة النجوم في السماء فأبما أخذتم به اهتديتم، واختلاف أصحابي لكم رحمة. وأورده ابن الحاجب في المختصر بلفظ (اختلاف أمي رحمة للناس). وقال مثلاً على القاري: إن السيوطي قال أخرجه نصر المقدسي في الحجة، والبيهقي في الرسالة الأشعرية بغير سند، ورواه الحلبي والقاضي حسين وإمام الحرمين وغيرهم، ولعله خرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل إلينا» حاشية ابن عابدين 46/1.

(33) يحسن أن أشير في آخر هذا الفصل - الذي عقده المؤلف لبيان تطور الخلاف الفقهي وأثره في التطبيق القانوني - إلى بعض الملاحظات العامة التي قد تيسر تقدير ما عرضه المؤلف هنا. لقد بدأ المؤلف هذا الفصل بتلك الصور التي مثل بها الشعراي لحقيقة الاتفاق والاختلاف في الأحكام الشرعية وختمه بالإشارة إلى قيمة نظرية الشعراي التي ضمنها كتابه «الميزان الكبرى»، ونهاها بين بداية الفصل ونهايته يحاول تقديم تقويم موضوعي وأقبي لحقيقة الاختلاف بين المذاهب.

وينطلق المؤلف في تقويمه هذا من اعتقاده بأن التسليم بنظرية الشافعي الأصولية قد حتمت على المذهبيين الحنفي والمالكي مراجعة آرائهما في ضوء هذه النظرية والتبرير عن أدلتهم حسب مقرراتها، وإن اضطر أتباع هذين المذهبيين إلى التمسك بقواعد أصولية يتنذر بها كل منهم عن غيره. ويتجلى ذلك في المصادر التبعية التي أنكرها الشافعي بعمامة؛ إذ استمر الاختلاف على العمل بالاستحسان، على حين رأى المالكية حجية الاستصلاح وإجماع المدينة. وفي رأي المؤلف أن هذا أهم ما يميز عن الخصائص المميزة لكل مذهب عن غيره، وأن الخلافات الكلامية هي التي ساعدت على إذكاء الخلاف بينها وتجزئته بتلك الصورة المفاجئة أثناء تلك الفترات التي حدثت بين أتباع المذاهب، كذلك التي تكررت وقوعها في بغداد في القرن الخامس الهجري.

ثم أدى التقارب بين المذاهب في التفكير الأصولي وانحسار الدافع الكلامي إلى تقليل الخلاف بين هذه المذاهب، ومن ثم استطاع الفكر الفقهي أن يقدم هذا التصور الذي عبر عنه الشعراني أخيراً.

وربما كانت محاولة المؤلف في هذا الفصل من النوع الذي يستحق الالتفات والتقدير، وإن تطلبت في كثير من جوانبها إعادة ترتيبها على نسق مختلف أكثر بساطة وتوافقاً مع الواقع.

ومن البدء بما قبل وضع الشافعي أصوله فإن من الواضح أن الأحناف والمالكية كان لهم تفكير أصولي أقاموا عليه مذهبيهما. يتأكد هذا بالنظر إلى ما اشتمل عليه القرآن نفسه من تحديدات علمية لطرق استنباط الأحكام، كما يتأكد بالنظر إلى مسلك الصحابة في الاستنباط والتعليم، ويبدو في وثائق كثيرة مثل كتاب الحجج المبينة للشيباني والخراج لأبي يوسف بالنسبة للأحناف كما يبدو هذا المنهج الأصولي بالنسبة للمالكية في رسالة الإمام مالك لمعاصره فقيه مصر الليث بن سعد، التي تضمنت تفصيلات منهجية عديدة.

وكان فضل الشافعي الذي لا ينكر هو جمعه شتات هذا المنهج وإعادة تركيبه على نحو ضمنه القواعد المنطق عليها، مستبعداً منه العناصر التي أثارَت اختلافاً حاداً بشأنها، والتي لم تعد تتفق مع المقاصد التي أعلنها الفقه، تلك المقاصد التي تتمثل في تحقيق وحدة النظر الفقهي، واستناد أحكامه إلى نصوص الشرع مباشرة، إما باتباع ما هو منصوص على حكمه، أو بالقياس على الأحكام التي تضمنتها النصوص.

وقد أضاف فقهاء الأحناف والمالكية بطبيعة الحال من رسالة الشافعي، وإن لم يجدوا ما يدعونهم إلى تغيير موقفهم من مصادرهم التبعية الخاصة بكل مذهب منهما، فإن هذه المصادر لا تتناقض بذاتها مع الأدلة الأساسية؛ فقد يصل الشافعي بالقياس إلى حكم وصل إليه الأحناف بالاستحسان أو المالكية بالاستصلاح. وهكذا فإن الغزالي الذي عد المصلحة المرسل من الأصول التروية لم يفته أن يقرر رجوع الأحكام الشرعية في مجلتها إلى أنواع المصالح المتعددة (الضرورية والحاجية والتحسينية)، متسفاً في كلا الجانبين مع شافعيته، وكانت آراؤه ذات أثر كبير فيمن جاءوا بعده من علماء الأصول بصرف النظر عن مذهبهم الخاص، حتى لا يخطئ الناظر في المؤلفات الأصولية المتأخرة عن المستصفي عند الحديث عن المصلحة عبارات الغزالي في المصلحة وتقسيماته لها واستدلاله عليها وتوجيهاته بينها، وأعظم نموذج لذلك كتاب الموافقات الذي عني فيه الشاطبي للملكي بالمقاصد الشرعية وإن احتوى مباحث أصولية على قدر كبير من الأهمية، متمثلة إلى حد كبير الأساس الذي قام بوضعه الغزالي الشافعي في بيان هذه المقاصد.

وهكذا فإن الاتفاق قائم بين المذاهب الأربعة في أساس النظر الأصولي. وكان ذلك الاتفاق مسؤولاً عن روح التسامح بين الفقهاء من البداية، وإن غشيت أحياناً الخلافات الكلامية التي تعتبر السبب الجوهرى لإثارة تلك الفتن بين المذاهب. وقد اختضت هذه الخلافات بعد انقراض المعتزلة وتغلب الأشاعرة منذ القرن الخامس، فعادت روح التسامح بين أتباع المذاهب كما كانت. وفي ضوء ذلك لا تمد نظرية الشعراني جديدة أبداً، فقديمًا قال أحد الفقهاء: رأينا صواباً يحتمل الخطأ ورأى غيرنا خطأً يحتمل الصواب.

الفصل الثامن

النظم الفقهية للفرق في الإسلام

تتحدث مذاهب أهل السنة الأربعة عن المسألة الدستورية البالغة الأهمية لطبيعة السلطة السياسية ولاياتها في الدولة الدينية (التيوقراطية)⁽¹⁾ بصوت واحد. فمعتقدهم في الخلافة - وهي في أهم ما تتميز به منصب يختص به فرد من قبيلة قريش⁽²⁾ باختيار

(1) الدولة التيوقراطية نمط خاص من الحكم الإلهي الذي يمثل رجال الكهنوت أو زعماء روجيين مقدسين، لا تصح مخالفتهم في تعبيراتهم عن هذا الحكم. وقد عبر جيس الأول ملك إنجلترا عن طبيعة هذا النوع من الحكومة بتصريحه أن القانون في صدره. وبالنظر إلى هذا المفهوم فإن الدولة الإسلامية ليست كذلك مطلقاً؛ فليس في الإسلام كهنوت، ولا تسند العصبة للإمام في نظر أهل السنة. انظر تحرير الدكتور محمد ضياء الدين الرئيس للموضوع في كتابه «النظريات السياسية الإسلامية» ص 377 الطبعة السادسة 1976 مكتبة دار التراث. وقد انتهى محمد أسد في كتابه «منهاج الإسلام في الحكم» إلى نتيجة مماثلة [ص 51]. ولئن مال الأستاذ المودودي إلى وصف الحكومة الإسلامية بالتيوقراطية فإنه اضطر لتقيده بقيود عديدة وصلت بنتيجته إلى التماثل مع ما قرره الأستاذان السابقان. انظر كتاب «نظرية الإسلام وعديده في السياسة والقانون والدستور» للأستاذ المودودي ص 34 وما بعدها، طبع مؤسسة الرسالة، 1400 هـ.

(2) نقل المودودي الإجماع على هذا الشرط «لورود النص فيه» ثم يقول: «ولا اعتبار بضرار حين شد فجوزها في جميع الناس» [الأحكام السلطانية ص 6]. ومع ذلك يعتبره ابن نجيم شرطاً خلافاً تعددت فيه آراء العلماء. انظر كتابه: الأشياء والنظائر ص 388. وقد حقق المحرم الرئيس في كتابه السابق الذكر هذه المسألة تحقيقاً دقيقاً [ص 54 وص 296] أشار فيه إلى مذهب أبي بكر الباقلائي وإمام الحرمين الجويني وابن خلدون الذين استبعدوا هذا الشرط =

مثلي الأمة الشرعيين له - يقوم على اعترافهم بإمامة خلفاء المدينة [الراشدين] والخلفاء الأمويين والعباسيين⁽³⁾. غير أن هناك طائفتين من المسلمين هما الخوارج والشيعة لم توافقا على ما حدث من تطور تاريخي لنقل السلطة ولم تسانداه، وقد رفضتا معاً منذ ظهورهما حزبين سياسيين متميزين أثناء الفتنة الكبرى التي حدثت بين علي ومعاوية (656 - 661 م) [36 - 41 هـ] أن يقبلا بمطالب معاوية المنتصر في الحرب ومن خلقه من رجال البيت الأموي في استحقاق الخلافة. وهذا هو مقدار الاتفاق بين هاتين الطائفتين فحسب؛ فعلى حين أنشأ أنصار علي «الحركة الشيعية» ورأوا رجوع السلطة السياسية بعده إلى فروعه من زوجته فاطمة بنت النبي ﷺ، وهي الوحيدة التي بقي لها ولد من سائر بناته ﷺ، فإن الجماعة الأخرى المتمثلة في «الخوارج» قد أعلنت عن عداوتها للطرفين المتحاربين جميعاً باعتبارهما علياً ومخالفين لمعاوية .

وكذا رفضوا انحصار الخلافة في قريش أو في نسل النبي ﷺ نفسه باعتبار ذلك شرطاً أساسياً [كما ذهب إليه غيرهم]، ليرى أن كل ما يشترط في الإمام هو أن يكون مسلماً ورعاً قادراً على القيام بأعباء الإمامة.

وإلى جانب ذلك فقد انشقت كل من هاتين الطائفتين عن الأخرى وعن الجمهور في موضوع طبيعة السلطة السياسية نفسها؛ فقد انتهى الشيعة إلى الاتفاق على اعتبار الإمامة نوعاً من الحق الإلهي، وأن الحاكم يستمد سلطانه من النص عليه طبقاً للوحي الإلهي الذي يحصر انتقالها في نسل النبي ﷺ. أما الخوارج فقد رأوا من جانبهم أن الحاكم يجب أن تنتخبه الأمة باختيارها وأن لها أن تقيله إذا لزم ذلك. ومن ثم أخذ الافتراق بين المسلمين شكل طائفتين غالبيتين احتلت كل منهما طرفاً مقابلاً للمركز الوسط الذي احتلته الغالبية العظمى المتمثلة في أهل السنة؛ فقد تمسك الشيعة في جمود مبدأ التفويض الإلهي أو النص كأساس للسلطة السياسية، ونادي الخوارج بنظام أكثر تحرراً وديمقراطية. وبانفصال مجتمعات الشيعة والخوارج عن أهل السنة

= بتأويل النصوص الواردة فيه. ومن المؤكد أن خلافة كالحلافة العثمانية لم يكن لها أن تقوم بتأييد أهل السنة مع اعتقادهم بهذا الشرط.

(3) يردد المؤلف هنا ما زعمه أرنولد في كتابه الشهير The Caliphate من أن النظرية التي قبلتها غالبية المسلمين كانت نتيجة الواقع، وأنها وضعت لتبرير النظام السياسي القائم الذي قبلته هذه الأغلبية. وقد اهتم الدكتور الرئيس بتنفيذ هذا الخطأ والرد عليه في كتابه الذي أشير إليه آنفاً ص 105. وخلاصة ما قرره أن الفقهاء إنما تطلخوا إلى عهد الراشدين المثالي لا إلى عهد الأمويين والعباسيين التي قاوم الكثيرون منهم أخطأها، واشتركوا في كثير من الثورات ضدها.

انفصالاً روحياً - إن لم يكن مادياً دائماً - فإنه كان من الطبيعي أن يصلوا إلى تأليف مذاهب فقهية خاصة بهم. وهدف هذا الفصل بيان مدى تأثير المبادئ الدستورية - إن صح وجود تأثير لها على الإطلاق - على جوهر التفكير الفقهي الخاص بهما وطبيعته العامة حتى تميز عن مثيله عند أهل السنة.

لم تكن هناك حواجز جغرافية أو ثقافية تفصل هاتين الطائفتين عن أهل السنة خلال القرنين السابع والثامن الميلاديين [الأول والثاني الهجريين]، ومن ثم فإن تطور فقه كل منهما قد توافق مع التفاعل العام للتطور التاريخي الذي سبق بيانه في الباب الأول من هذا الكتاب. وقد سعى فقهاء المذهبين الخارجي والشيوعي إلى تحقيق الغاية التي عمل لها فقهاء أهل السنة بذاتها، كما كانت مادة التشريع الأساسية [الوقائع] والأعراف المحلية والأعمال الإدارية واحدة عند الجميع؛ وإلى جانب ذلك فإنهم التقوا في المنهج العام للاجتهاد الفقهي؛ وخضعوا للمؤثرات نفسها وظهر لديهم أيضاً اتجاه إلى نسبة آرائهم لأئمتهم في الأجيال السابقة؛ فلم يكن غريباً لهذا أن يظهر فقهم في القرن التاسع [الثالث الهجري] متفقاً مع فقه أهل السنة في الطابع العام وفي الاعتراف بالقرارات الأساسية ذاتها، وأن تأتي صياغته في النمط التألفي الذي صاغ فيه فقهاء أهل السنة فقهم.

والواقع أن المذاهب الفقهية للفرق - بصرف النظر عن نشأتها المستقلة تماماً - قد لجأت غالباً إلى استعارة أحكام تبلورت في المذاهب السنية على نحو مباشر. وقد بين شاخت هذا الجانب على نحو مقنع^(١٥). غير أنه من الصعب الاتفاق مع هذا العالم الثقة في قوله: «إن مذاهب الخوارج والشيعة لا تختلف عن مذاهب أهل السنة الفقهية بأكثر مما تختلف هذه الأخيرة فيما بينها»^(١٦). إذ بالرغم من أن هذا صحيح في عمومته بالنسبة لفقه الخوارج فإن لفقه الشيعة في شكله النهائي خصائص معينة تميزه وتبدو في تعارض حاد مع المبادئ الفقهية المعترف بها في المذاهب السنية عموماً.

وفيما يتصل بالفكر التشريعي فإن المنهج الأصولي لدى الفرق إنما يعبر - كمثله عند أهل السنة إلى حد كبير - عن تصور نظري لمصادر الفقه أكثر من كونه تسجيلاً للواقع التاريخي لهذه المصادر. ولا حاجة بالمرء لتأكيد ذلك أن يذكر أن كلاً من الشيعة والخوارج قد اعتبر القرآن والسنة المادية الأساسية للوحي الإلهي، وإن كانت الروايات المقبولة للسنة لدى كل منهما تختلف أحياناً في أمور أساسية جديرة بالاعتبار عن

الروايات المقبولة لدى فقهاء أهل السنة بوجه عام. وقد انتهى الأمر بهاتين الفرقتين إلى أن صارت لهما مصنفات في السنة تخصها وتتميز عن المجموعات الأساسية المقبولة لدى أهل السنة وتوافق معايير الرواية الصحيحة الخاصة بكل منها. ومن أهم المعايير النقدية للشيعة أن تكون رواية الحديث عن طريق أحد أئمتهم المعروفين. وفيما عدا ذلك فإن الفكر الأصولي قد تطور لدى الشيعة على نحو خاص بهم؛ إذ بينما اتفق الخوارج مع أهل السنة على أن المبادئ المتمثلة في الوحي الإلهي قد تتسع لحل مشكلات جديدة عن طريق الاجتهاد الفقهي - وإن تحدثت صوره في أصول هذه الفرقة على نحو أقل صرامة - فإن غالبية الشيعة قد رفضوا هذا الدور الذي منحه الآخرون للعقل الإنساني، ورأوا أن التوسع في الأحكام الفقهية بحيث تشمل الأحوال الجديدة إنما هو من شأن أئمتهم الملهمين من الله⁽⁴⁾.

ومن الضروري أن نشير هنا في إيجاز إلى البناء التركيبي للحركة الشيعية. فإن

(4) قرّر المؤلف أن فكر الشيعة الأصولي قد تطور على نحو خاص بهم، ثم بين هذه الخصوصية في إنكارهم دور العقل الإنساني في استنباط أحكام فقهية جديدة استثناء عن ذلك بمبدأ عصمة الأئمة. . وإذا استعرضنا كتاب «مبادئ الوصول إلى علم الأصول» الذي ألفه أصولي شيعي هو الحسن بن يوسف ابن المطهر الحلي (ت 726 هـ) والمنشور في النجف سنة 1390 هـ لتقويم هذه الدعاوي فسنجد ما يناقضها تماماً. وأوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: لا تختلف الموضوعات التي تضمنها هذا الكتاب عن الموضوعات التي بحثها كتب أصول أهل السنة، ولا يبعد ترتيب بحثها عن الترتيب الذي نجده عند أهل السنة أيضاً. وتكاد تكون المصطلحات واحدة. وتتردد هنا الآراء التي أنكرها أهل السنة مضافة إلى أصحابها بذاتهم مع الرد عليها بالأدلة التي وجهها أهل السنة أيضاً، وذلك مثل «إنكار أبي مسلم الأصفهاني وجماعة من اليهود للنسخ». الأمر الذي يرد الحلي بالأدلة الموجزة ذاتها التي نقرّها في مؤلفات أهل السنة.

ثانياً: من الناحية الموضوعية تردّد نسبة آراء معينة إلى الأصوليين من أهل السنة أو من أسهم من غيرهم في تنمية الفكر الأصولي لدى أهل السنة؛ فأبو حنيفة والشافعي وأبو بكر الباقلاني وأبو الحسين البصري من الأسماء التي يذكرها الحلي كثيراً ويرجح أروامها أحياناً.

ثالثاً: تجد في هذا الكتاب أيضاً سمة عامة عانى منها التأليف الأصولي الخاص بأهل السنة كذلك، أعني خلط المباحث الأصولية بمباحث علم الكلام، مثل قضية الحسن والقبح، وتكليف الله بالمستحيل أو استحالة مثل هذا التكليف، بفارق واحد وهو ميل الحلي - والشيعة عموماً - إلى آراء المعتزلة مقابل أخذ علماء الأصول السنيين في الفترة التي عاش فيها الحلي بترجيح رأي الأشاعرة.

وبالحاصل أن الشيعة لم يطوروا لأنفسهم فكراً أصولياً خاصاً بهم، ولم ينكروا دور العقل الإنساني في فهم النصوص واستنباط أحكام الوقائع الجديدة. وهو الأمر الذي سيمود المؤلف إلى الاعتراف به بعد قليل.

الجدل حول موضوعات تاريخية متنوعة تتصل بمن هو أولى بالإمامة من بين أهل البيت النبوي قد قسم جماعة الشيعة إلى طوائف متعددة لا تختلف فقط في أشخاص الأئمة الذين يدينون لهم بالولاء بل في آرائهم حول طبيعة الإمامة نفسها أيضاً. وأهم هذه الطوائف من وجهة النظر الفقهية ثلاث: الزيدية والإسماعيلية، وهما طائفتان صغيرتان، ثم الإمامية أو الاثنا عشرية، وهي أكبر طوائف الشيعة وأبرزها. فاما الزيدية فإن حجة الإمام عندهم لا تسمو على حجة غيره من الناس، فهو مختار من الأمة على أساس كفاءته الشخصية، وليس له من رابطة تصله بالله أكثر قوة مما يزوده به الاعتناء بهديه وشريعته. ومن جهة أخرى ذهبت الإسماعيلية والاثنا عشرية إلى أن الإمام وإن عينه السابق عليه في الظاهر هو معين في الواقع بتعيين الله له، كما أنه في رأيهم يضم في شخصه شيئاً ما ذا طبيعة إلهية. وبينما استمر الأئمة الإسماعيليون في تسلسل لا ينقطع منذ عهد عليّ إلى الوقت الحاضر فإن الاثني عشرية قد أخذوا هذه التسمية لكونهم لا يعترفون إلا باثني عشر إماماً فقط، اعتزل آخرهم دنيا الناس في عام 874 م [261 هـ] واختفى ليظهر من جديد عندما ينتهي أجل⁽⁵⁾ غيابه. ونظراً لأن كل طائفة من هذه الطوائف الثلاث لها نظامها الفقهي المتميز عن غيره فإن مصطلح «الفقه الشيعي» ينبغي ألا يستخدم إلا على نحو من التوسع والتعميم، وهو عند خلوه من التقيد لا يكاد يدل على معنى محدد مثلما هو الحال في مصطلح «الفقه السني».

ومع هذا كله وبإستثناء الزيدية فقط فإن معتقد الإمامة يسيطر على «الفقه الشيعي» إلى درجة أنه قد أثمر مفهوماً للقانون والعلاقة بينه وبين السلطة السياسية الحاكمة يختلف في أساسه عن المفهوم السائد بين أهل السنة. فالسلطات الإدارية المسندة إلى الخليفة السني إنما يجب أن تمارس في إطار الحدود التي وضعها القانون، نظراً لأن الخليفة مقيد بهذه الحدود مثل غيره من سائر رعيته⁽⁶⁾. أما السلطة التشريعية - بالمعنى الحقيقي للمصطلح - فتتمثل في إمام الشيعة نفسه الذي يحكم بما له من حجة مطلقة مستمدة من الشارع الإلهي نفسه. ويتمثل اختلاف الفريقين من الناحية السياسية بين حكومة دستورية⁽⁷⁾ وأخرى مطلقة، ومن الناحية القانونية بين نظام تشريعي ثابت في أساسه وإن تضمن محاولة العقل الإنساني للكشف عن حكم الشرع، وآخر يدعي كونه التعبير المباشر المتجدد عن هذا الحكم.

(5) وهذا هو الذي تختلف فيه الدولة الإسلامية - في نظر أهل السنة في الأقل - عن الدولة الديمقراطية.

وقد ترتب على هذا أن الإجماع - سواء باعتباره مصدراً أصلياً للتشريع أو معياراً يضبط حججة النظر الإنساني - لا مكان له في أصول الشيعة⁽⁶⁾، حيث تحمل حججة الإمام محل الرأي المجمع عليه، وحيث يتباين مفهوم العصمة تبايناً تاماً مع المفهوم السني الخاص بظنية بعض الأحكام التشريعية والذي يتسع لقبول الاختلافات المتساوية الحجة حولها. أما الخوارج والزيدية فقد قبل كل منهما بحتمية دور العقل الإنساني في التشريع، ومن ثم فإن الإجماع يلعب عند كل منهما الدور نفسه الذي يضطلع به في فقه أهل السنة إلى حد كبير، برغم أنهم، وهذا أمر طبيعي، يعتقدون بأراء علمائهم وحدهم. في انعقاد مثل هذا الإجماع، وإن كان اعتراف الخوارج بإجماع مجتمع المدينة قبل الفتنة قد أسهم في إكساب فقههم خصيصة أخرى تميزه عن «فقه الشيعة» الذين ذهبوا إلى أنه ليس من الممكن إسناد أي نوع من الحججة إلى اتفاقات المجتمع المسلم الباكر، لأنه في رأيهم لم يأخذ الوضع التنظيمي السليم، وبخاصة وأن اختيار الخلفاء الثلاثة الأول - وهو صورة من صور الإجماع المدني - قد عارض المبدأ الأول في المعتقد الشيعي القاضي بأن علي بن أبي طالب هو الوريث الشرعي للنبي [ﷺ].

لقد ألفت ظلال الاختلافات الكلامية الكثيفة بين الشيعة وأهل السنة حول قضية الإمامة آثارها على الاتفاق القائم بينهما في الفقه. ولئن كان الدور التشريعي المسند إلى الإمام عند الإسماعيلية - ولا يزال - أمراً واقعاً بالفعل فإن الاثني عشرية ينسبون هذا الدور منذ سنة 874 م [261 هـ] على نحو مثالي يبعد عن الواقع إلى

(6) لا تصح هذه الدعوى مطلقاً، بدليل واحد يجب التسليم به، هو ما يقرره علماء الشيعة أنفسهم عن أصل الإجماع عندهم. يقول الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي في كتابه الذي أشرت إليه قبل قليل:

«إجماع أمة محمد صلى الله عليه وآله حق. أما علي قولنا فظاهر لانا نوجب المعصوم في كل زمان وهو سيد الأمة فالحجة في قوله. وأما المخالف فلقلوله تعالى: «ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين توله ما تولى». ولقلوله تعالى: «وكذلك جعلناكم أمة وسطاً» والوسط هو العدل. ولقلوله عليه السلام: «لا تجتمع أمتي على الضلالة». الوصول ص 190.

ومن أحكامهم عندهم كما ذكر هذا المؤلف أنه لا يجوز إحداث قول ثالث، إن لزم منه إبطال ما أجمعوا عليه. «كالحج قيل له المال وقيل يقاسمه الأخ فحرمانه باطل». وهم لا يعتبرون الإجماع السكوتي، ولا إجماع أهل المدينة «لأنهم بعض المؤمنين». ولا يجوز الإجماع عندهم إلا عن دليل، وإن لزم الخطأ على كل الأمة، كما لا يدخل العوام عندهم في الإجماع. ويؤكد كل ذلك اعتدادهم بالإجماع.

«الإمام الغائب» ويتصورون ظهوره ليؤدي هذا الدور من جديد. وإلى أن يظهر هذا الإمام فإن الكشف عن الأحكام الفقهية أثناء غيبته الطويلة هو مسؤولية الفقهاء المجتهدين. وقد نظر إليهم باعتبارهم وكلاء الإمام والعاملين بهدى منه، ولكنهم وجدوا أن استخدام العقل الإنساني في الكشف عن الأحكام الشرعية من الناحية الواقعية أمر ضروري ومشروع. وهكذا اعترف الإمامية - بطبيعة الحال - بمفهوم ظنية الأحكام الفقهية، وحجية معيار الإجماع، وبالتالي فلن يكون مذهبهم خالياً من الاختلاف في الآراء الفقهية. وإلى جانب ذلك فإن التطور التاريخي الواقعي لفقه الطوائف المتنوعة للشيعة قد تابع متابعة كبيرة نظيره عند أهل السنة؛ ولكن لم يعرف الفقه الشيعي مبدأ التقليد فإن الأئمة أو ممثلهم من العلماء نادراً ما رأوا جواز الخروج على «الفقه المأثور» المدون في أمهات الكتب المؤلفة في أوائل العصر الوسيط. وكذلك كان فقه الخوارج؛ فقد استمر قادراً على التطور نظرياً بممارسة الاجتهاد وإن بقي في الواقع ثابتاً عبر القرون مثل نظيره السني.

وإذا انتقلنا إلى مجال الأحكام الفقهية الموضوعية نجد أن فقه الخوارج قد عرف عدداً محدوداً من الأحكام - وإن كانت كلها أحكاماً ذات أهمية ثانوية - ليس لها نظير في مذاهب أهل السنة. فحق الأم في حضانة أولادها الذكور - على سبيل المثال - إنما ينتهي في فقه الخوارج ببلوغهم عامين، ولكن اتفق هذا الحكم عرضاً مع ما حكم به الإمامية الاثنا عشرية فإنه من السهل على المرء أن يجد سنداً قوياً فيما قال به فقهاء أهل السنة للغالبية العظمى من الأحكام الفقهية لدى الخوارج، ولكل قواعد فقههم الأساسية. ومن ثم فإنهم يأخذون بمذهب الشافعي في رجوع حق حضانة الإناث للأم إلى أن يبلغن من العمر سبع سنوات، لتختار الواحدة منهن حيثل من تعيش معه من أبويها. وعندهم أن حق الزوجة في النفقة إنما يقدر بالنظر إلى حال الزوج فقط، وهذا أيضاً هو رأي الشافعي الذي يعارض المذاهب الثلاثة الأخرى، التي وضعت في اعتبارها الظروف الخاصة للزوجة ومنزلتها الاجتماعية أيضاً. وكذلك ليس للزوجة عند الخوارج أن تطالب بما تأخر من نفقتها ما لم يكن قد سبق تحديد مقدارها بحكم قضائي أو باتفاق بين الزوجين. وهذا هو مذهب الاحناف أساساً، وإن رأت المذاهب الثلاثة الأخرى أن ما تأخر من نفقة الزوجة دين مستحق الأداء على الزوج، ولولم يكن هناك حكم قضائي بالنفقة أو اتفاق بشأنها. وعندهم أيضاً أن سوء العشرة يصلح سبباً لطلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها؛ كما هو الحال في المذهب المالكي دون غيره من المذاهب الثلاثة الأخرى.

ولا ينبغي أن نعتقد أن فقه الخوارج مجرد مزج اتفاقي لمبادئ أهل السنة وأحكام مذهبهم الفقهية؛ فإن فقههم بناء متماسك له روحه وطابعه الخاصان به. ولكن أوجه الاختلاف الفقهي بينهم وبين أي مذهب آخر من مذاهب أهل السنة لا تتضمن أي مغزى حزبي أو طابع طائفي وإن كانت تقضي أحياناً إلى نتائج عملية جديرة بالاعتبار.

والأمر يختلف إلى حد بعيد بالنسبة للشيعة. وإذا حصرنا اهتمامنا هنا في أكبر طائفة منهم وهي الاثنا عشرية فإننا نجد أن فقههم يتضمن في جوانب عديدة أساسية طابعاً منفرداً يتعارض تعارضاً حاداً مع ما للمذاهب أهل السنة (والخوارج) في مجموعها من طابع خاص بها. وقد توضح الإشارة الموجزة لثلاثة جوانب هامة من فقه الإمامية طبيعة هذا الاختلاف ومداه.

[1] المعاشرة الجنسية عند أهل السنة (وفرق الخوارج والزيدية والإسماعيلية أيضاً) مشروعة وجائزة بأحد أمرين: ملك اليمين، وعقد الزواج الصحيح. غير أن فقه الإمامية يعترف بأمر ثالث تصح به المعاشرة الجنسية، ويختلف عما سبق اختلافاً تاماً، ويمثل في نكاح المتعة.

فالزواج هو في أصله وغايته اقتران مدى الحياة، على حين أن نكاح المتعة علاقة مؤقتة يتفق عليها بين الطرفين لفترة معينة مقابل (أجرة) تدفع إلى المرأة. غير أن موانع الزواج العادية الناشئة عما قد يكون بين الطرفين من علاقة قرابة أو نسب أو رضاع هي بذاتها تنطبق على المتعة كذلك، مثلما ينطبق المانع الناشئ من اختلاف الدين؛ فمن حق المسلم لهذا أن يعقد نكاح المتعة على امرأة مسلمة أو كتابية (يهودية أو مسيحية الخ)، أما المرأة المسلمة فلا تعقد نكاح المتعة إلا مع مسلم. ومن جهة أخرى فليس هناك حد أعلى لعدد النساء اللواتي يجوز للرجل التمتع بهن خلافاً لتحديد ذلك في النكاح بآربع، وفضلاً عن ذلك فإن الحقوق والواجبات الأساسية النابعة من الرابطة الثابتة التي ينشئها الزواج لا تنطبق على عقد المتعة؛ فلا حق للمتمتع بها في النفقة، وليس عليها في مقابلة واجب الطاعة وليس هناك حق لتلوارث بين الطرفين، كما أنه لا طلاق بينها بالمعنى الاصطلاحي، سواء بصدر لفظه من الزوج أو بتقديم الزوجة طلباً للمحكمة أن تفسخه. وبدلاً من ذلك فإن العقد عند تنهيه يؤول إلى أمدته إما بالاتفاق المتبادل أو بإيئائه من أحد الطرفين، وحينئذ ينهيه الرجل قبل أمدته فعلياً أن يجب المدة الباقية للمرأة، وليس له استرداد أي جزء من الأجرة نظير تلك الهبة. وعلى العكس

من ذلك تلزم المرأة برد جزء من الأجرة يتناسب مع المدة الباقية إذا امتنعت هي عن الوفاء بواجباتها في المدة المحددة لعقد المتعة⁽⁷⁾.

فالتمة بهذا ليست مجرد عقد نكاح مصحوب بشرط التأقيت، بل إنها نظام قانوني متميز بذاته. فإن النكاح إذا كان يعد في التشريع الإسلامي من الناحية الشكلية بمنزلة البيع الذي يفضي إلى الانتقال الكامل للملكية العين ومنفعتيها فإن التمة تدخل في باب الإجازة التي تعني نقل المنفعة وحدها لفترة محدودة. ومثل هذا المفهوم في الزواج غريب تقاماً عن التشريع الإسلامي في تصور الجمهور؛ فمهما كانت استقامة الدافع إلى عقد التمة - كان تشترط مدة تسعة وتسعين عاماً - فإن العلاقة الناشئة عنه في النظر القضائي لغير الإمامية لن تكون باطلة بطلاناً مدينياً فحسب، بل تصل إلى أن تكون ارتكاباً لجرمة الزنا، مما يستوجب - إذا طبقت القواعد حرفياً - نفس العقوبات القاسية المقررة لهذه الجريمة.

[2] أما المثال الثاني على هذا الخلاف المدام بين فقهي الإمامية وأهل السنة فنستخلصه من الطلاق. وهنا لا خلاف بينهما على الحق الأساسي للزوج في تطبيق الزوجة بمحض إرادته وحده؛ وإنما الخلاف في الأحكام التفصيلية الضابطة لممارسة هذا الحق. فتشريع الاثني عشرية أكثر تشدداً إلى درجة أنه يبيد موقفاً مختلفاً في أساسه عن الموقف الذي تبناه أهل السنة تجاه هذا النوع من التفريق:

فأولاً: لا يشترط الفقه السني في الطريقة التي يعبر بها عن الطلاق أية أمور شكلية عديدة: فقد يقع شفاعه أو كتابة، ويصح استخدام أية ألفاظ في معنى الفقرة، وليس يلزم وجود شهود لصحته (وإن لزم ذلك لإثباته)، بينما يبيل الفقه الإمامي من جهة أخرى التزاماً متشديداً بالشكل، فيجب التلفظ بالطلاق شفاعه، باستخدام لفظ

(7) أن يتخذ نكاح المتعة بعدد من النساء، ففي الكافي نقلاً عن جعفر الصادق أن النساء في المتعة بمنزلة الإماء، وأن للرجل أن يتمتع بهن بأي عدد شاء، وأن لمن عنده أربع نساء في زواج دائم أن يعقد نكاح المتعة بمن شاء من النساء. [الكافي 5/451]. غير أن الشيعة مع ذلك يروون عن أئمتهم «وجوب أن يكف عنها من كان مستغنياً» [المراجع نفسه: 5/452]. أما التوارث بينهما فقد رويت فيه روايات مختلفة عن أئمتهم، فعن جعفر الصادق -عليه السلام- لعلم احتسابين من عدد الأربع نسوة الذي تحرم الزيادة عليه في النكاح الثابت. أن المرأة في المتعة وليست من الأربع لأنها لا تطلق ولا توثق وإلها هي مستأجرة. [السابق: 5/541]. لكن روى عن جعفر الصادق نفسه أنه قال في الرجل يتزوج المرأة متعة: «إنها يتوارثان ما لم يشترطا عدم التوارث» السابق: 5/463.

الطلاق نفسه أو صيغة مشتقة منه، في حضور شاهدين. وفضلاً عن ذلك يجب أن يكون هناك دليل على النية المتعينة للتفريق، على حين أن التطلاق على سبيل المزل أو التهديد عند أهل السنة عموماً صحيح وناقد، كما أنه يأخذ هذا الحكم نفسه إذا أوقعه الزوج في إكراه أو سكر عند الأحناف خاصة⁽⁸⁾.

وثانياً: ينقسم الطلاق عند أهل السنة - حسب الأحوال التي يصدر فيها - إلى سني وبدعي. فالطلاق للسنة إما أن يكون بطلقة مفردة رجعية يصح للزوج معها أن يراجع زوجته قبل انقضاء عدتها، وأما أن يكون بتطليقه واحدة تتلوها تطليقتان أخريان في شهرين متتابعين، فيصبح الطلاق بائناً بينونة كبرى. أما الطلاق البدعي فالمقصود منه إحداث الطلاق البائن في الحال، مثل التلطف بعبارة تدل على البينونة، ومثل التلق بثلاث تطليقات في وقت واحد. وفضلاً عن ذلك فإنه يجب لإيقاع الطلاق السني أن يكون في طهر لم تلتق فيه بالزوج جنسياً. أما إذا اختلت هذه الشروط الواجبة في الطلاق السني فإنه ينقلب بدعياً. وتفريق أهل السنة بين هذين النوعين من الطلاق إنما هو تفريق خلقي؛ فكلاهما صحيح وواقع قانوناً بدرجة متساوية. بيد أن تشريع الإمامية لم يعترف مطلقاً بأشكال الطلاق البدعي، بل أصر على الالتزام الكامل بأشكاله السننية كيلا يقع باطلاً. وفي إيجاز فإن آراء الإمامية تبدي بوضوح رغبتهم في تقييد ممارسة الزوج لسلطته في التفريق داخل أطر محددة تحديداً دقيقاً، الأمر الذي نجد له بعض الشواهد القليلة في فقه أهل السنة ذي الطبيعة المتساهلة في ذلك بوجه عام.

[3] وأخيراً فيبدو فقه الإمامية في موضوع الميراث أكثر وضوحاً في التعبير عن هذه الطبيعة المتميزة لنظامهم الفقهي بأسره. فاستحقاق الميراث عند أهل السنة إنما

(8) يمكن الرجوع إلى هذه الأحكام التي أشار إليها المؤلف في المذهب لأبي إسحاق الشيرازي: 77/2 وما بعدها، وفي حاشية الدسوقي: 361/2 وما بعدها، وفتح القدير لابن الممام: 22/3 وما بعدها. ولمعرفة رأي الشيعة الإمامية انظر: الكافي: 54/6، وكتاب: وتحرير المجلة، لـ محمد الحسين آل كاشف الغطاء: 40/5، نشر المطبعة الحيدرية بالعراق سنة 1362 هـ، وهذا الكتاب نوع من الشرح لمجلة الأحكام العدلية العثمانية وفق مذهب الاثني عشرية. ويخلص المؤلف لمذهب الإمامية في هذا الصدد بقوله: «لا يقع الطلاق إلا بصيغة خاصة، وهي أنت طالق، أو زوجي فلانة طالق، أو زوجة موكلتي طالق، فلا يكفي شيء من مشتقاتها مثل أنت مطلقة وطلاق وطلقتك وأطلفتك، وهكذا فضلاً عن مثل أنت بائن وحرام وخلة وبرية واعتلى وأمثالها. ولا يقع بالكتابة ولا بالإشارة إلا من الأعراس العاجزة».

يقوم على ثلاثة أسباب تنشئ ثلاث طوائف من الورثة الشرعيين هم: أصحاب الفروض الذين حدد القرآن أنصباؤهم. ثم أقارب الميت الذكور من عصبته. ثم القرابات النسوية من ذوي الأرحام إن لم يوجد أحد من الطائفتين السابقتين الواجب تقديعها في الإرث. أما الإمامية الاثنا عشرية فلا يعترفون إلا بسبب واحد للميراث هو القرابة، ويقسمون الأقارب - سوى الباقي من الزوجين فإنه يأخذ دوماً فرضه المنصوص عليه في القرآن - بحسب قوة القرابة إلى ثلاث جهات، هي بترتيب أوليتها:

1 - الفروع الوارثة للميت وأبواه.

2 - إخوة الميت وأخواته وأولادهم، وأجداد الميت من الأبوين وجداته.

3 - ثم الأعمام والعمات والأخوال والحالات وأولادهم. وهكذا يعتمد الاستحقاق عندهم على مركز الوارث في هذا التقسيم⁽⁹⁾. إذ بالرغم من إعطائهم أصحاب الفروض المستحقين فروضهم المقدرة وإعمالهم للقاعدة الأساسية المتمثلة في

(9) يلخص الكليني الرازي (ت 328 هـ) في كتابه الكافي: 71، 70/7، مذهبه في هذا التقسيم بقوله:

«إن الله تبارك وتعالى جعل الفرائض على أربعة أصناف وجعل خارجها من ستة أسهم:

وفيداً بالولد والوالدين الذين هم الأقربون وأنفسهم يتقربون لا بغيرهم ولا يسقطون من الميراث أبداً، ولا يرث معهم أحد غيرهم إلا الزوج والزوجة. فإن حضر كلهم قسم المال بينهم على ما سعى الله عز وجل. وإن حضر بعضهم فذلك وإن لم يحضر منهم إلا واحد فلكل كلة له. ولا يرث معه أحد غيره إذا كان لا يتقرب بنفسه وإنما يتقرب بغيره إلا ما خص الله به من طريق الإجماع أن ولد الولد يقومون مقام الولد وكذلك ولد الإخوة إذا لم يكن ولد الصلب ولا إخوة... فهؤلاء أحد الأصناف الأربعة.

وأما الصف الثاني فهو الزوج والزوجة، فإن الله عز وجل ثنى بذكرهما... ولا يسقطون من الميراث أبداً.

وأما الصف الثالث فهم الكلالة. وهم الإخوة والأخوات إذا لم يكن ولد ولا الولدان لأنهم لا يتقربون بأنفسهم وإنما يتقربون بالوالدين... وليسوا بمنزلة الوالدين الذين لا يسقطون عن الميراث أبداً. فإذا لم يحضر ولد ولا والدان للكلالة ساهمهم المسماة لهم، لا يرث معهم أحد غيرهم إلا من كان في مثل معانهم.

وأما الصف الرابع فهم أولو الأرحام الذين هم أبعد من الكلالة. فإذا لم يكن ولد ولا والدان ولا كلالة فالميراث لأولي الأرحام منهم، الأقرب منهم فالأقرب، يأخذ كل واحد منهم نصيب من يتقرب بقرابته... فأقربهم إلى الميت أحقهم بالميراث، وإذا استورا في البطون فلقرابة الأم الثلث ولقرابة الأب الثلثان، وإذا كان أحد الفريقين أبعد فالميراث للأقرب.

وأتابع توضيح مذهبه في الميراث في تعليقات أخرى تالية.

إعطاء الذكر عموماً ضعف نصيب الأنثى المساوية معه في الجهة والدرجة - فإن مذهبه في التوريث يختلف على نحو واضح مع مذهب أهل السنة في أنه لا يعطي للعصبات أولوية خاصة. وقد نسب إلى إمامهم السادس جعفر الصادق (ت 765 م) [148 هـ] أنه رفض دعواي هذه الطائفة من الورثة معلقاً بقوله: «العصبة في فيه التراب»⁽¹⁰⁾، كما أن بعض الأقارب من ذوي الأرحام الذين يأتون عند أهل السنة في المنزلة الأخيرة قد أدرجوا ضمن التصنيف الشيعي العام لطبقات الوارثين.

فعل سبيل المثال يحتل الجد الأبوي للميت في غياب الأب وضعاً هاماً في الميراث لدى أهل السنة. ويحلله على الأب فإنه يأخذ فرض السدس في وجود ولد للميت، ويستحق بالإضافة إلى ذلك ما يبقى من التركة إذا لم يتخلف الميت من الأولاد سوى البنات، كما أنه يأخذ ضعف نصيب أم الميت إذا زاحمت وحدها وكان معها أحد الزوجين. ثم إنه أخيراً يحجب حجباً تاماً أولاد بنت الميت مطلقاً. أما عند الإمامية فإن وجود أحد من هؤلاء الأقارب المشار إليهم - ولد الميت أو ولد ولده أو أمه - يمنع الجد الأبوي من أي حق في الميراث على الإطلاق⁽¹¹⁾.

كذلك فإن حصة الميت وأخواته على السواء إنما يحجبون من الميراث في فقه الإمامية

(10) جاء في الكافي عن حسين الرزاز، قال: أمرت من يسأل أبا عبد الله [جعفر] عن المال لمن هو للأقرب أو للعصبة؟ فقال المال للأقرب والعصبة في فيه التراب 707/1 وتوضيح مذهبه هنا يتعين استحضار السياق الذي وردت فيه هذه العبارة، فقد وردت عقب بحث موضوع ميراث الأخوات شقيقات أو لأب. والقاعدة العامة عندهم أن الجهة مقدمة على التي تليها، فجهة الأخوة على هذا من المفروض أن تحجب جهة العمومة. ولئن تنور هذه المشكلة إذا وجد الأخ الشقيق أو لأب. لانه سيتكفل بحجب الأعمام وأبنائهم. أما إذا وجدت أخت أو اختان شقيقتان أو لأب فالمفروض أن يأخذن فرضهن المسمى في القرآن، ليتيح ذلك للعصبات من الأعمام وأولادهم أخذ الباقي. ومن شأن ذلك أن يدمر أساس الشيعة في تقديم الأقرب وتقسيم الورثة وجهاتهم حسب هذا الأساس. فاضطروهم ذلك إلى إنكار حقوق العصبات والحكم بإعطاء المال كله للجهة الأقرب، وهي هنا الأخت الشقيقة أو من الأب فرضاً وروداً. ويرد اختلافهم مع أهل السنة هنا في فرع آخر وهو أنه لو وجدت بنت أو بنت ابن مع عم أو ابن عم مثلاً أو أخت فمندهم أن البنت أو بنت الابن تأخذ التركة فرضاً وروداً، على حين أنها لن تأخذ إلا فرضها عند أهل السنة كي يعطي العاصب الباقي. وهذا ما نص عليه حديث النبي ﷺ الذي خرجناه من قبل والذي يتضمن إعطاء أصحاب الفروض حقوقهم ليدفع الباقي من التركة بعد ذلك إلى أقرب عاصب ذكر. ويبدو أن هذا الحديث لم يسلم الشيعة بصحته.

(11) لا يجب الجبد بأحد الزوجين، وهو في طبقة الإخوة والأخوات، يعامل معاملة الذكر منهم بلا فرق، فلو اجتمع جدم مع ستة إخوة وأختين أخذ الثمن. الكافي 109/7.

بأي من الأبوين أو أحد القروع الوارثة. أما عند أهل السنة فإنهم يحجبون بأب الميت أو بالفروع العاصب المذكور فقط. ويرث الأخوة والأخوات الأشقاء أو لأب بالتعصيب عند أهل السنة إذا ترك الميت بنتاً أو أكثر؛ وفي حال مزاحمة الأخوات [شقيقات أو لأب] بالأب وعدم وجود الإخوة فإنهم يأخذون فرضهن المقدّر في القرآن بثلثي التركة، ويرث الإخوة مع الأخوات أو بدونهن باعتبارهم عصابات، وبحجب الاثنين فأكثر من الإخوة والأخوات الأم حجب نقصان إلى فرضها الأدنى وهو السدس⁽¹²⁾؛ كما أن أياً من الأخ أو الأخت يحجب حجباً تاماً أولاد بنت الميت من الميراث. ولعل طبيعة الاختلاف بين مذهبي الإمامية وأهل السنة في هذه المسألة ومغزاه واضحا إلى حد كبير؛ فلا يتمثل هذا الخلاف فقط في أن قرابات الرحم الأثنية قد تمتعت بمركز أكثر سمواً في الفقه الشيعي، بل يتمثل حقيقة في أن الفقه السني باعتباره بحق القرابات البعيدة من العصابات قد أعرب عن مفهوم لمحتوى الأسرة أوسع بكثير من مفهومها في الفقه الشيعي الذي ارتكز بقوة على تغليب الرابطة الأضيق القائمة على العلاقة بين الأب والأم وأولادهما.

وقد يكون من الواضح في الذهن الآن أن لآراء الإمامية في هذه الموضوعات الثلاثة التي ناقشناها هنا طابعها الخاص التمييز، فلا يمكن لذلك فهم الاختلاف بينهم وبين أهل السنة في ضوء الاختلاف بين المذاهب السنية نفسها، كما أنه لا يمكن تفسير وجهات نظرهم في ضوء الأسباب التي أدت إلى اختلاف أهل السنة فيما بينهم.

إن الاعتبارات السياسية - التي يعمد إليها الكثيرون - قد تفسر بعض السمات الخاصة لفقه الإمامية تفسيراً ملائماً أحياناً. فهم لإنكارهم حجية خلفاء المدينة الثلاثة قد رأوا صحة المتعة، «فليس هناك سبب أوجه لرفضهم تحرّجها من كون هذا التحريم منسوباً إلى عمر⁽¹³⁾». كما أن رفضهم لصور «الطلاق البدعي» مما يمكن فهمه على أساس أنها بدع استحدثتها المجتمع المسلم أثناء تلك الفترة ذاتها التي حكم فيها هؤلاء الثلاثة المختصمون لحق عليّ، ومن ثم كانت هذه الصور عارية عن الحجية. أما الموضوع الأخير المتعلق بالميراث فإن تنظيم الإمامية له يرتبط على نحو أكثر وضوحاً بمعتقداتهم السياسية، فالأسس التي تتضمن أن علاقة الرحم سبب قوي للميراث

(12) مذهب الشيعة الإمامية في مسألة حجب الأم بالإخوة والأخوات حجب نقصان أنه إن وجد أخوان ذكران لأشقاء أو لأب حجبها إلى السدس، وإذا كن أربع أخوات شقيقات أو لأب فكل ذلك. أما الثلاث منهن فلا يحجبها إلى الثلث، وعن جعفر الصادق أو الإخوة من الأم والأخوات لا يحجبون الأم إلى السدس مطلقاً، الكافي 92، 93.

كعلاقة التعصيب، وأن استحقاقات العصبات من القرابات غير المباشرة تأتي في المقام الثاني لاستحقاقات الفروع الوارثة - إنما تبدو أساساً ضرورية بالنسبة لطائفة تنتهي سلسلة الأئمة فيها إلى فاطمة بنت النبي [عليها السلام] التي ورثتهم - فيما ذهبت إليه الإمامية - شيئاً ما من صفات النبي الخاصة التي جباه الله [سبحانه] بها.

لقد احتلّ عليّ مركز الإمام الأول لأن النبي [عليه السلام] في الاعتقاد الشيعي قد نصّ على إمامته بعده. ومع ذلك فإن الرغبة في أن تؤكد مبادئ القرابة أن علياً أوثق نسباً بالنبي [عليه السلام] وأنه هو وأبناؤه أحقّ بخلافته من عمه العباس الذي انتسبت الدولة العباسية إليه - قد أفضت إلى وجود نوع من الشذوذ اللافت للنظر في الفقه الإمامي. فحينما يكون المستحقون للتركة من الأقارب الوارثين في الجهة الثالثة - وهم أعمال الميت وعماته وأولادهم - فإن الحكم المتبع في تحديد الأولى في الدرجة أن الأعمام يحجبون أولادهم حجباً تاماً. غير أن الفقه الإمامي قد تمسك بأنه إذا انحصر الورثة المتزامون في عم لأب وابن أخ شقيق فإن الأخير يحجب الأول وقد كان العباس عم النبي [عليه السلام] من الأب، على حين كان عليّ ابن عمه الشقيق⁽¹³⁾.

ومع ذلك فإن رجوع اختلافات الإمامية عن غيرهم إلى عوامل سياسية محضة أمر غير مقنع في كل الأحوال. فلو أنهم أباحوا المتعة لمجرد أن عمر حرمها لكان عليهم أن يرفضوا بهذه السطحية ذاتها أي حكم نسب للخلفاء الثلاثة الأول، أو أي عمل جرى عليه مجتمع المدينة الباكر، وهذا ما لم يفعلوه. والأولى من ذلك في التفسير أنهم لم يقبلوا تحريم عمر لنظام رأوا حلهّ للدليل آخر ثبت لديهم يقتضي الحل. والأكثر وضوحاً من ذلك أن رفضهم لصور الطلاق البدعي - كما بينا آنفاً - مجرد وجه واحد (وإن كان مهماً) من أوجه موقفهم المتشدد أساساً بالنسبة لموقف غيرهم تجاه إيقاع الطلاق بوجه عام. وشبهه بذلك أن اختلافاتهم في فقه الميراث راجعة إلى ما هو أبعد مما تقتضيه الدوافع السياسية وحدها. فالتراجع المفترض بين عليّ والعباس على خلافة النبي [عليه السلام] أمر وثيق الصلة بالشذوذ السابق؛ وهذا في الواقع إنما هو تعديل طفيف اقتضته العوامل السياسية فعلاً. غير أن المبادئ الأساسية التي يشكل هذا التعديل استثناء منها قد كانت هي الأخرى متميزة تماماً عن نظيرها في فقه أهل السنة. ولهذا الأسباب فإن

(13) يمثل الشذوذ الذي أشار إليه المؤلف في أن قاعدة الشيعة العامة في تقسيم الورثة إلى جهات معينة، يراعى في التفضيل بين أفراد كل جهة منها درجة القرابة، فابن الابن مثلاً مقدم على ابن ابن الابن لقرب درجة الأول من الميت، لكن الشيعة خالفوا عن قاعدتهم هذه في جهة العمومة للاعتبارات التي ذكرها المؤلف.

الأحكام الفقهية الخاصة بالإمامية تبدو ذات مغزى أعمق من مجرد كونها دفاعاً عن حق علي وذريته ضد هؤلاء الحكام الذين اعترف بهم أهل السنة.

إن فقهاء الإمامية يدعون دائماً أن فقههم أدق تعبيراً عن روح التشريعات القرآنية وأوفى بياناً لها من مقابلة السني. فلماذا أبيتحت المتعة لديهم لأن القرآن أقرها صراحة حسب تفسيرهم له⁽¹⁴⁾. والطلاق إنما يلزم إذا وقع موافقاً لصوره السننية، لأنها هي الصور التي أقرها القرآن وسنة النبي ﷺ الثابتة. ويمثل مذهبهم في التورث محاولة للكشف عن المضامين التي تقتضيها النصوص القرآنية الواردة في الميراث، تلك التي ركزت على حقوق القرابات النسوية ولم تشر في أي موضع إلى تفوق قرابة التعصيب على النحو الذي أخذ به الجمهور. ومن ثم تكشف وجهات النظر الإمامية هنا عن تناول في تفسير أحكام القرآن مختلف على نحو واضح عن تناول أهل السنة، فعند هؤلاء أن القرآن يقر ضمناً العمل بالقواعد العرفية إلا إذا أبطلت صراحة⁽¹⁵⁾؛ ومن هنا كان مذهبهم في الميراث نوعاً من المزج بين الوارثين القدامى في النظام العرفي، وهم العصبات، وبين الوارثين الجدد المنصوص عليهم في القرآن. أما الإمامية فلأنهم ذهبوا على العكس من ذلك إلى أن القرآن يظل ضمناً العمل بالقواعد

(14) إشارة إلى قوله تعالى في سورة النساء: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ آية: 24. وقد روي أن ابن عباس كان يقرؤها ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى﴾ أحكام القرآن للجصاص 180/2، وبداية المجتهد لابن رشد 50/2؛ وقد أخرج البخاري رجوعاً ابن عباس عن رأيه في المتعة، كما أخرج ذلك الرجوع كثير من كتب السنة.

(15) هذا كلام يتسم بالعموم. وقد رجعت إلى كتاب الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي الذي سبق الإشارة إليه فوجدت قواعدهم في دلالات الأمر والنهي والعموم والخصوص والإطلاق والتقييد وسائر قواعدهم في أوجه البيان وكيفيات التفسير لا تكاد تختلف عن مثيلاتها عند أهل السنة. ولا أعرف من أين أن المؤلف يمثل هذا الزعم. أما تأكيد الشيعة على اقتراب أحكامهم الفقهية من نصوص القرآن أكثر من أهل السنة فإنه أمر أمثله الجدلالات المذهبية. ووضع الأمر موضعه الطبيعي. أن أهل السنة قد حاولوا جهد طاقتهم الالتزام بأحكام القرآن، مثلاً حاول الشيعة ذلك في حدود مذهبهم.

(16) لا أدري من أين أتى المؤلف بهذه القاعدة من القرآن، وربما أخطأ المؤلف في نسبة هذه القاعدة إلى القرآن، فالواقع أن الأحناف والمالكية الذين أخذوا بالعرف يستدلون على مسلكهم هذا بحديث النبي ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله أمر حسن». انظر مثلاً أصول الفقه للمرحوم محمد أبو زهرة ص 216. ويشير ذلك إلى خطأ آخر أحسب أن المؤلف وقع فيه وهو نسبة العمل بالعرف في غير مورد النص إلى المذاهب الأربعة؛ فالواقع أن الشافعية والحنابلة لا يمترونه أصلاً في استنباط الأحكام الشرعية.

العرفية الثابتة إلا إذا أقرت صراحة. ومن ثم فأحكام القرآن لا تخضع عندهم للتعديل بالمواضع المستحدثة بعد نزول هذه الأحكام (مثل صور الطلاق البدعي) كما لا تخضع للتعديل بالمواضع القائمة من قبل نزولها (مثل حقوق العصابات في الميراث)⁽¹⁷⁾. وفي إيجاز فإن وجهة نظر أهل السنة أن التشريعات القرآنية إصلاحات جزئية مفروضة على المواضع القانونية القائمة⁽¹⁸⁾، على حين رأى الإمامية أن هذه التشريعات تقدم نوعاً من التغيير الكامل لما كان يجري عليه العمل، وترسي مبادئ جديدة لإقامة نظام قانوني جديد تماماً.

ويصح أن نسأل هنا عما إذا كانت الآراء المتميزة للإمامية ترجع أصلاً إلى العوامل السياسية، أو أنها نبتت من نهج خاص في التفسير التشريعي للقرآن كما يؤكدون هم. ويمكن صياغة هذا التساؤل على نحو أكثر حدة كما يلي: أيتقدم فقه الإمامية على عقيدتهم السياسية ليدعمها أو أن عقيدتهم السياسية هي التي تتقدم هذا الفقه وتحدد شكله؟ والواقع أن أياً من التساولين لن ينشأ إلا إذا أعطينا كلمة «سياسة» هنا مضموناً أضيق، يتمثل في الشكل المحدد للسلطة الزمنية في الدولة وما يتعلق به كما هو المألوف في الاصطلاح الغربي. أما في البيئة الإسلامية فإن الجواب السياسية والاعتقادية والتشريعية تبرز في مفهوم الدولة الدينية امتزاجاً لا يقبل الانفصام. فإذا أعطينا مصطلح «سياسة» هذا المعنى الشامل فإن تصور «الائني عشرية» لوضع الإمامة في الإسلام ومنحاهم التشريعي في فهم القرآن سيبدو كل منهما وجهاً لمعتقد سياسي واحد يتمم الآخر ويتداخل معه. وتمثل النظرية السياسية لأهل السنة مزجاً بين المبادئ الإسلامية والعرف السابق على الإسلام؛ فالحكم في هذه النظرية للاستقراطية العربية القديمة الخاضعة لتعاليم الشرع⁽¹⁹⁾؛ بيد أن الإمامية الاثني

(17) الواقع أن منشأ حقوق العصابات لا يرجع إلى تسليم مذاهب الفقه السنية بالمواضع الثابتة قبل الإسلام، بل يرجع إلى حكم النبي ﷺ بذلك حين أوجب البدء بإعطاء أصحاب القروض أنصابتهم، وإعطاء ما بقي لأول رجل ذكر. وهذا هو الذي قرره المؤلف في بداية الفصل الثاني، ويولونه نسي ما ذكره هناك. كما أن القرآن نفسه قد أشار إلى بعض حقوقهم في توريث البنات مع الأبناء والإخوة مع الأخوات، كما ذكرنا في أول الفصل الثاني. ومن حيث المبدأ فإن أهل السنة والشيعا لا يعترفون بالبدع المستحدثة مآخذ للأحكام الشرعية، وهذا أوضح من أن يحتاج إلى تكلف الاستدلال عليه.

(18) سبقت مناقشة هذه الدعوى حينما أوردنا المؤلف في الفصل الأول.

(19) يتفق ذلك مع تصوره لإجماع فقهاء المذاهب الأربعة على اشتراط القرشية في الإمام، وهو الأمر الذي نوقش في أول هذا الفصل.

عشرية قد رفضت أي صلة بواقع ما قبل الإسلام ورات أن المصدر الوحيد للحجية إنما يتمثل فيما أرساه النبي ﷺ من مبادئ وممارسات بصفته نبياً مرسلًا. ولم يكن الموقف الخاص الذي تبنته كل طائفة من هاتين الطائفتين تجاه العلاقة بين التشريعات القرآنية والعرف السابق على الإسلام متوازياً على خط مستقيم مع معتقداتها السياسية الخاصة بها فحسب، بل كان جزءاً أساسياً من هذه المعتقدات وامتصاً لها. وبالنسبة لأهل السنة فإن الإسلام قد هدف سياسياً وتشريعياً إلى صقل الأعراف السائدة وقت ظهوره وإصلاحها، على حين أنه أقام بداية انطلاق جديدة من كل الوجوه بالنسبة للإمامية الاثني عشرية.

ومن ثم فإن فقه الاثني عشرية لا يمكن اعتباره حقاً مذهباً مستمداً من مذاهب أهل السنة، عدل سطحياً بما يتلاءم مع معتقداتهم السياسية. وإنما يبدو تعبيراً طبيعياً، نتج عن فهم خاص بهم لطبيعة الإسلام، وارتبط ارتباطاً لا يقبل الانفصام بمذاهبهم ومعتقداتهم التي تشكل إيمانهم الديني. وكما يساعدنا هذا التفسير في فهم تلك الاختلافات الجوهرية لفقه الإمامي فإنه هو الذي يبرر ذلك التشابه العام لفقه الحوارج مع أهل السنة، وذلك الاقتراب لفقه الإسماعيلية من منهج الاثني عشرية، حقيقة كان فقه الزيدية مزيجاً من مبادئ أهل السنة والشيعة. بيد أنه مهما تكن درجة اتفاق المذاهب الفقهية الخاصة بهذه الطوائف مع مبادئ أهل السنة أو مخالفتها لها فإن كل طائفة منها متميزة في التحليل الأخير عن غيرها وعن أهل السنة أيضاً تمايزاً تاماً⁽²⁰⁾، فكل طائفة من هذه الطوائف إنما تستمد حجيتها من معتقداتها والسياسية - الدينية الخاصة بها وحدها، نظراً للموقف العدائي المتبادل بين تلك الطوائف المتعددة وأهل السنة المتمثل في اعتبار كل منهم الآخر ضالاً⁽²¹⁾.

(20) لاحظ ما ذكره في أول هذا الفصل عن الاتفاق العام بين هذه المذاهب، مما ينطوي على شيء من التعارض.

(21) أراد المؤلف في هذا الفصل إقامة نوع من الحوار بين المذاهب الأربعة التي استقر عليها أهل السنة وبين فقه الحوارج والشيعة. ويقرر المؤلف بداية أن فقه الحوارج يتفق في الأعم الأغلب من جزئياته مع ما رآه هذا المذهب أو ذاك من المذاهب الأربعة. ويصدق هذا عنه على بعض طوائف الشيعة. أما الإمامية الاثني عشرية فيظن فيهم أنهم حذوا حذو الجمهور في أمور كثيرة، وإن اختلفوا عنهم في سائرهما. وهذه الأخيرة هي التي ركز عليها المؤلف ليستتج اختلاف فقه الإمامية عن فقه الجمهور في الأصول والفروع. أما في الأصول فيذكر المؤلف أن الإمامية رفضوا الاعتماد على العقل الإنساني في الكشف عن=

الأحكام الفقهية نظرياً. وتجلى ذلك في إنكارهم الإجماع والقياس. وإنما ذهبوا إلى ذلك ليدلهم في الأخذ بأقوال الإمام المصوم. لكن المؤلف يذكر بعد ذلك أنهم عادوا إلى الاعتراف بدور العقل في الاستنباط منذ غيبة إمامهم سنة 261 هـ - 874 م.

وقد اختلف فقه الاثني عشرية عن فقه الجمهور في الفروع من وجهة نظر المؤلف أيضاً. ويضرب ثلاثة أمثلة. أولاً من نظام الزواج، وهو حل نكاح المنة عند الاثني عشرية. والثاني منحاهم في تقييد إيقاع الطلاق وحكمهم بعدم وقوع الطلاق البدعي. والثالث اختلاف أحكام الميراث عندهم عن مقابلها عند الجمهور.

ويرفض المؤلف رجوع مسبب الاختلاف إلى مبدأ الإمامة وحده، ويقرر فضلاً عن ذلك أن منجع الإمامية في تفسير الأحكام القرآنية مسؤول مسؤولية أساسية عن وجود هذا الاختلاف، مستنداً على ذلك بعض التعبيرات الصادرة عن الإمامية في تفضيل مذهبهم وأنه الأدق في التعبير عن المعاني القرآنية. والواقع أن مثل هذه التعبيرات لا قيمة لها من الناحية العلمية، ومردّها إلى التعصب البغيض.

وسيجد المتتبع لأصول الإمامية في الفقه أنهم يتحدثون بلغة مشتركة بينهم وبين المذاهب السنية، وأن الخلاف بينهما لا يكاد يتجاوز الجوانب التفصيلية. ويصدق ذلك على الخلاف بينهما في الفروع الذي ينحصر في مسائل عديدة يمكن تبويبها. بل إن عناصر الاتفاق بينهم فيما رآه المؤلف أوضح مثال على تمايز فقه الإمامية (الميراث) أكثر من عناصر الاختلاف. فالزواج والزوجة والأب والأم والابن والبنت لا يحجبون حجياً تماماً أبداً عند الفريقين ويجب الابن والأب الإخوة والأخوات فيما هو متفق عليه بين الإمامية والجمهور. ويجب الأخوة الوارثون بالتعصيب وأبنائهم من يليهم من الأعمام وأبنائهم، وفكرة مقاسمة الجد الأخوة باعتباره واحداً منهم متفق عليها كذلك، والاختلاف الوحيد أن أهل السنة يشترطون ألا يقل نصيبه عن السمس، وإذا أحصيتها أوجه الاتفاق فسندجدها أكثر من ذلك بكثير.

وهكذا فإن فقه الفرق بعامة يكاد يقترب من فقه الجمهور، ولا يتباعدان إلا في بعض الأمور المحدودة نسبياً، لكن الاختلافات الكلامية - مرة أخرى - هي التي أدت إلى تضخيم حجم الاختلاف الفقهي. وربما ازداد الإحساس به في العصر الحديث، نظراً لصلالة الاتصال الثقافي والعلمي بين العناصر المختلفة للأمة الإسلامية، إن لم يكن يكون معلوماً، ويعني هذا وجوب أن يبدل المفكرون المسلمون على اختلاف طوائفهم كثيراً من الجهود لفتح قنوات الاتصال التي كانت عميقة في الماضي؛ فالرابع الوحيد من انغلاق كل طائفة عن غيرها إنما هم أعداء هذه الأمة، خاصة وأن الخلاف بين أهل السنة والاثني عشرية أو الزيدية خلاف حول مسائل تاريخية تنصل بالماضي لا بالمستقبل.

الفصل التاسع

الحكومة الإسلامية والفقه

كان الفقه قد انتهى إلى كونه بناء نظرياً منفصلاً عن العمل القانوني الواقعي وغالباً له مخالفة جوهرية. غير أن فقهاء الفترة الباكورة لم يخالفوا بأي وجه النظام السائد أو الجهاز القانوني الإداري على هذا النحو. وبانشغال الفقهاء أساساً بتنظيم علاقة الفرد المسلم بربه فإنهم قد صاغوا معايير السلوك في بناء يندرج تحت القانون الخاص العام⁽¹⁾، ورأوا أن واجب السلطة السياسية القائمة هو إقرارها وفرضها. ونظراً لأننا قد تتبعنا تطور التفكير الفقهي في ذاته حتى نضوح التعبير عنه في مؤلفات المعصور

(1) يراد بالقانون الخاص Private Law في التقسيم القانوني الحديث القواعد المنظمة لعلاقات الأفراد فيما بينهم وعلاقات الأفراد بالدولة فيما لا يس سياتها ووظائفها الخاصة. والفروع القانونية التي يشتمل عليها هي القانون المدني والتجاري والمرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص. ويقابل القانون العام Public Law ويراد به القواعد المنظمة لعلاقة الدولة بغيرها من الدول أو بالأفراد حين تعمل في حدود سياستها وسلطانها. وفروعه القانون الدولي العام والمستوري والإداري والجنائي. الوجيز في المدخل للدكتور أحمد سلامة والدكتور حمدي عبد الرحمن ص 76 طبعة النهضة العربية 1970، والمدخل للدراسة القانون للدكتور أحمد سلامة الكتاب الأول ص 62 وما بعدها.

ومن نائلة القول الآن أن التشريع الإسلامي قد تناول كل هذه الجوانب القانونية في حدود اصطلاحاته الخاصة وتقسيماته التي عرفها. انظر على سبيل المثال: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ غلال الفاسي ص 502 وما بعدها.

الوسطى فستجاوز ذلك الآن لتأمل إلى أي مدى حافظت السلطة الفعلية للحكومة الإسلامية على الأساس الديني لأحكام الفقه بتمهيد تطبيقها في دور القضاء تطبيقاً واقعياً.

لم يكن تنظيم الدولة الإسلامية أيام الأمويين قائماً على أي فصل حقيقي بين الوظائف الإدارية والقضائية. فقد رجعت السلطة النهائية في هذين المجالين إلى الخليفة، واكتسب عدد كبير من أصحاب الوظائف الثانوية بتفويض منه نوعاً من الولايات القضائية في حدود الواجبات الإدارية المسندة إليهم. فولاة الأقاليم وأمرأه الجيش والأمناء على بيوت المال والعمال على الأسواق بل والمسؤولون عن توزيع المياه كان لهم جميعاً نوع من السلطة القضائية في نطاق المجالات الخاصة بأنشطتهم، وإن بدت الشرطة أوضح نموذج لاجتماع الأوجه المختلفة للسلطة؛ فقد وقع في دائرة اختصاصها التحقيق في الجرائم والقبض على المجرمين ومحاكمتهم وعقابهم⁽²⁾.

غير أن فض النزاعات المتعلقة بمسائل القانون الخاص كان هو الواجب المحدد الذي أسند إلى القضاء. وقد تزايدت واجبات منصبهم ومنزلته؛ إذ صارت لهم ولاية قضائية عامة تخضع لها القطاعات الإدارية الثانوية في الدولة، وأصبحوا يمثلون في أواخر العهد الأموي المحور الأساسي لتطبيق القانون وإعماله. لكنهم لم يكونوا هيئة مستقلة بأي معنى، حيث كانت أحكامهم خاضعة لأن تراجعها السلطة السياسية التي يرجع إليها الفضل في تعيينهم⁽³⁾ والتي يعتمدون عليها في تنفيذ أحكامهم اعتماداً كاملاً.

(2) وسدَّ الإشراف على الشرطة في أكثر الأحوال أثناء العهد الأموي إلى القضاء. راجع قضاة مصر وولايها للكندي ص 311 وما بعدها في ترجمته لمن تولوا منصب القضاء بعد سنة 60 هـ.

(3) لا يعني رجوع تعيين القضاة إلى الدولة وحققها في مراجعة أحكامهم واعتمادهم عليها في تنفيذ أحكامهم أثناء قيام الدولة الأموية أنهم كانوا غير مستقلين تماماً أو أنهم كانوا يبررون عن قانون يمثل أمر الحاكم أو الوالي، والأدلة على ذلك:

(أ) أن الدولة الأموية عينت في منصب القضاء كثيراً من الفقهاء الذين أسهموا كثيراً في تنمية النظر الفقهي مثل شريح وأبي عبيدة السلماني، وهما علمان بارزان في مدرسة الكوفة، طالما نقل عنها فتاواها.

(ب) أن التعيين في منصب القضاء كان من بين جملة الفقهاء وباستشارة الولاة لهم في كثير من الأحيان.

(ج) مساومة القضاة أي تدخل في عملهم من جانب الولاة، من ذلك أن أحد قضاة مصر حكم بحد كاتب الوالي حد السكر، فمنعه الوالي من حده فاتصرف القاضي من منصبه، =

وبوصول الدولة العباسية إلى الحكم وإعلانها لسياساتها الخاصة المتمثلة في إعمال النظام القانوني الذي صاغه أئمة الفقهاء فإن مكانة القضاء قد ارتقت ارتقاء كبيراً. وبذلك ارتبطوا بالأحكام الفقهية التي وقع عليهم واجب تطبيقها ارتباطاً وثيقاً. وبعد انتظامهم كأصحاب مهنة تحت الإمرة المركزية لقاضي القضاة فإنهم لم يعودوا يعبرون عن قانون يمثل أمر والي الإقليم أو المصر، بل صار ولاؤهم كله لشرع الله. بيد أن هذا لا يعني أن المحاكم الشرعية كانت هي التي تدير دفة العمل الإسلامي للدولة وتحدد مسيرته؛ فقد أمسك الحكام العباسيون بذراع هذه الدفة بقوة، ولم تحصل المحاكم الشرعية أبداً على مركز السلطة القضائية العليا المستقلة عن التوجيه السياسي وهو ما كان حرياً بأن يكفل لها الأساس الأكيد والضمان الحقيقي الوحيد لتطبيق شرع الله على جميع أفراد المجتمع تطبيقاً نموذجياً.

ولئن كان تعيين القضاء من الناحية الرسمية في يد قاضي القضاة فإن توليهم مناصبهم مرهون برضا السلطة السياسية عنهم مثلما هو الحال مع قاضي القضاة نفسه. وكانت طبيعة تبعيتهم السياسية مسئولة عما حدث منذ البداية من تحديد بالغ لسلطاتهم القضائية. ويتمثل هذا في عجز القضاة عن أخذ كبار موظفي الدولة وأصحاب النفوذ في الدعاوي المرفوعة ضدهم بما يحقق الانتصاف منهم. وإنما حدث هذا العجز نتيجة عدم اعتراف أصحاب النفوذ السياسي بأحكام القضاة في هذه الدعاوي ورفض الهيئة التنفيذية المؤتمرة بأوامرهم العمل على إنفاذ هذه الأحكام وإمضاها. ولئن رفض أصحاب السلطات التنفيذية - فيما يبدو أمراً لا يصعب فهمه - الخضوع لولاية موظف يرون أنه لا يعلمهم في سلم الوظائف السياسية بأي حال فإنهم ربما اضطروا إلى الخضوع إليه أحياناً. بيد أن الحاكم ربما اختار تجنباً⁽⁴⁾ لذلك أن يعقد بنفسه محكمة

= فاضطر هذا الوالي إلى مسدرة السبب الحقيقي للخلاف بينه وبين القاضي وشن حرب دعائية ضده بأن أمر بكتابة ما يسيء للقاضي في قرايطس وتوزيعها بين الناس. ويتضمن ذلك ضعف مركز الوالي وعدم تعود التدخل في عمل القضاة، وإلا لم ينجح إلى كل ذلك. انظر: قضاة مصر للكندي ص 328.

(4) يريد المؤلف أن يفهمنا رجوع نشأة ولاية المظالم إلى سبب يتمثل في ترفع الحكام عن الخضوع لسلطة موظف تقل مكانته عن مكانتهم. ولا يمكن بحال قبول مثل هذه السطحية في التبرير. ومن الناحية التاريخية ترجع نشأة ولاية المظالم إلى أيام النبي ﷺ، وربما لم يمارسها الخلفاء الثلاثة الأول في تفسير الماوردي لاستغنائهم عنها، أما علي بن أبي طالب فقد احتاج إلى توليها بنفسه نتيجة الظروف السياسية الخاصة بالمجتمع في عصره ثم توالى الخلفاء من بعده على الاهتمام بها، حتى أفردها عبد الملك بن مروان يوماً بتصنع فيه المظالمات والشكاوي: وكان هذا الخليفة يرد ما =

تدعى «محكمة المظالم» للنظر فيها له طابع الشكوى من نزاعات. وهو أمر قد يشير إلى ثانوية المركز الذي وكل إلى القاضي في تصريف شؤون الدولة. وكانت ولاية المظالم في الواقع هي الجهة المختصة بالنظر في الشكاوي من سلوك القضاة وأحكامهم؛ فأكد إسناد ذلك إليها وقيامها به حقيقة أن السلطة القضائية العليا إنما ترجع إلى الحاكم السيامي، وأن ولاية المحاكم الشرعية وسلطانها إنما تخضع لهذه التحديدات التي يضعها الحاكم حسبما يراه مناسباً.

ولئن صور العباسيون أنفسهم خدماً للشرعية، وسياساتهم راجعة إلى أحكامها، فإنهم لم يكونوا على استعداد لقبول استقلال المحاكم التي كان واجبها الوحيد تطبيق هذه الأحكام. نعم، بذل كتاب الحوليات غاية وسعهم لتسجيل بعض الحالات التي نزل فيها عدد من الخلفاء والولاة على مقتضى أحكام قضائهم، غير أن أكثر ما ورد في مدوناتهم إنما يتمثل في تلك الأوامر الصادرة من الحاكم إلى القضاة بتغيير أفضيتهم أو عزل من مني منهم بغضب هؤلاء الرؤساء على نحو يستند إلى رأيهم وحده.

ومن الطبيعي أن يسبب هذا الوضع استياء عميقاً لدى الفقهاء وأن يكون من الأسباب التي أدت إلى إيداء بعضهم رفضه الشديد لتولي القضاء⁽⁵⁾. ومن أوضح الأمثلة المعبرة عن موقفهم هذا تلك التي تتعلق بتعيين عبد الله ابن فاروق قاضياً للمقيروان في سنة 787 م [171 هـ]. فقد وجد هذا الفقيه نفسه حين رفض قبول هذا المنصب محوطاً بجندو الوالي الذين أوثقوه وكادوا يقذفون به من سطح المسجد، فتطق بالقبول حينئذ، وإن انتابته بعد ذلك حالة من الهياج عندما وصل إليه أول متنازعين للنظر في قضيتهم^(ت). بيد أن اعتراضات الفقهاء كانت موجهة إلى حق الحاكم في تغيير أحكام القضاة، لا إلى المجال المحدد لولايتهم. ومع أنهم كثيراً ما نعموا بتدخل السلطة

= أشكل عليه من هذه التلامات إلى قاضيه أبي أدريس الأودي. ويفسر الماوردي ظهورها واستمرارها تفسيراً يتسق مع طبيعة هذه الولاية بأن القضاء لم يكن كائناً لتحقيق العدالة في كل الأحوال، وخاصة بعد تعدد حوادث جور الولاة وظلم العتاة، فاضطر الخليفة - قياًمًا بواجبه في إشاعة العدل والانتصاف من البغاة - إلى ولايته بنفسه، أو بالتفويض عنه، حتى ينتج القاضي المفوض بهيبة الخليفة وقوته في إرهاب هؤلاء البغاة وأصحاب النفوذ والانتصاف منهم لحصومهم.

(5) ربما لم يكن هذا السبب أهم أسباب انصراف الفقهاء عن تولي منصب القضاء. فربما كان بعضهم أميل إلى استمراره في العكوف على الدراسة والتعبد والانتقطاع إلى العلم. وهناك من جهة أخرى هذا السبب العام الذي يحسه المطالع لسيرة أكثر الذين اتخذوا هذا الموقف من تولي القضاء وهو تورعهم عن المشاركة في أنشطة تلك الحكومات التي عابروا سلوك القائلين فيها.

السياسية في أنشطة المحاكم الشرعية فإنهم لم ينازعوها الحق في فرض تلك التحديدات الأساسية المتعلقة بمجال ولايات هذه المحاكم. والواقع أن المحاكم الشرعية لم يُردّ منها حتى في تصور الفقهاء أنفسهم أن تكون الأداة الوحيدة للتقاضي في الدولة الإسلامية. وسيستوضح هذا بالنظر إلى أمرين يتصلان بطبيعة الفقه الذي كانت المحاكم ملزمة بتطبيقه.

ففي المقام الأول كانت وظيفة الفقه أساساً الكشف عما يجب أن تكون عليه علاقة العبد بخالفه ومع أنه كان من الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى محاولة صياغة حقوق الفرد وواجباته تجاه غيره من الأفراد صياغة دقيقة فقد بدا إلى حد كبير أن تنظيم موقف الفرد من السلطات الزمنية للدولة أمر خارج حدود اختصاصات الفقهاء التي حددوها لأنفسهم⁽⁶⁾. ومن ثم لم يشتمل الفقه الباكر على أي نظام للقانون الدستوري، كما أنه لم يبذل أية محاولة لتنظيم المسائل التي يتشكل منها «القانون العام». فالقانون الجنائي على سبيل المثال لم ينشأ بمعناه الفني المتمثل في كونه بناء شاملاً لجرائم العدوان على النظام العام. وقد نظمت أحكام القتل في تفصيلات مطولة وإن عولجت على أنها من قبيل الجرائم الخاصة لا العامة. أما سائر موضوعات القانون الجنائي فقد اقتصر الفقه في تناوله لها على ست جنائيات محددة - الزنا والقذف والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والردة - غلب عليها كونها واجبات الله على الناس، واصطلح عليها بجرائم الحدود لأن الله [سبحانه] هو الذي حدد العقوبات عليها⁽⁷⁾.

(6) تحديد علاقة العبد بخالفه ليست وظيفة الفقه وحده، بل هي وظيفة العلوم الإسلامية كلها، وإن اقتص الفقه ببيان قواعد السلوك العملية. ومن المؤكد أن هذه القواعد قد اتسعت لدى الفقهاء لتشمل تنظيم موقف الفرد من الدولة وكل جوانب القانون العام، وإن لم يعالجها حسب التقسيمات القانونية الحديثة. ولا يعني اهتمام الفقهاء بإقامة العلاقة بين العبد وخالفه انصرافهم عن معالجة هذه الجوانب الأخرى. فطبيعة الإسلام أنه دين شامل لكل شؤون الحياة. وقد أدرك المؤلف قبل قليل ترابط الجوانب السياسية والشرعية والحلقية في مفهوم الدولة الإسلامية ولو طبق إدراكه هذا هنا لعرف أن التركيز على إقامة العلاقة بين العبد وخالفه كان حافزاً للفقهاء على تناول هذه الجوانب لا صارفاً.

(7) بينت تراوح القتل في الفقه الإسلامي بين كونه حقاً خاصاً وحقاً عاماً من قبل. أما أن القانون الجنائي لم ينشأ بمعناه الفني في الفقه الإسلامي فيوسع الفارئ التأكد من فساد هذه القضية بالرجوع إلى ما كتبه عبد القادر عودة وأبو زهرة وغيرهما عن هذا التشريع. ومنشأ هذا الفساد اعتبار المؤلف أن الفقه قد اقتصر على تناول الحدود، والأمر غير ذلك؛ فقد تناول الفقهاء بالتفصيل مباحث التعزير، وحددوا الجنائيات التعزيرية وبينوا القواعد الأساسية التي تحكم العقوبات عليها. =

وقريب من ذلك في الفقه المالي أن الفقهاء قد اهتموا أساساً بمسائل المالية العامة التي انحصرت لديهم فيما يمثل واجبات الله على الناس مثل ضريبة الزكاة⁽⁸⁾. وفي كل من هذين المجالين القانونيين فإن الفقهاء - في الفترة الباكورة في الأجل - لم يفتشوا عن أي ادعاء بشمول فقههم. ومن ثم فقد كان حقاً للحاكم وواجباً عليه أن يفرض عقوبات معينة على المجرمين أو يسن نظماً مالية خاصة في حدود ما تقتضيه مصلحة الدولة ما لم يناقض بذلك أمراً شرعياً. غير أن هذه الأنشطة كانت تبعد في أساسها عن نطاق الأحكام الفقهية⁽⁹⁾. ومن ثم كان التقاضي فيها غير داخل في نطاق ولاية المحاكم الشرعية بطبيعة الحال.

أما العامل الثاني الذي أضعف من كفاءة المحاكم الشرعية فيتمثل في نظام المرافعات والإثبات الذي التزمت هذه المحاكم بالعمل به. فبناء على تقويم وقائع النزاع في ضوء قاعدة «القريبة الأصلية» التي أخذ بها الفقه (مثل قرينة البراءة في

= والقاعدة في الحدود والتمايز أنه لا جريمة إلا بنص. راجع دراسة المرحوم عبد القادر عودة «التشريع الجنائي» 115/1 وما بعدها.

(8) لا أساس لما يقرره المؤلف هنا، وتكفي نظرة واحدة إلى كتاب الخراج لأبي يوسف - وهو من أو ثل الكتب المؤلفة في أحكام الفقه الإسلامي - وكتاب الخراج لابن آدم، وكتاب الأموال لأبي عبيد بن سلام الذي اختار لكتابه عنواناً يشبه الاصطلاح الحديث - لترى أن الفقهاء بحثوا منذ الفترة الأولى المصادر المختلفة لميزانية الدولة وأنهم لم يقتصروا على بحث مسائل الزكاة والصدقات، بل تطرقوا كذلك إلى بحث الخراج والحزبة والركاز والمالدين، والملكية العامة لبعض مصادر الإنتاج مما يمكن أن يمثل مورداً لها. وفيما بعد درس بعض الفقهاء مثل الجويني في كتابه غياث الأمم حق الدولة في التوظيف وفرض ضرائب أخرى غير الزكاة، في الأحوال التي توجب ذلك. والحق أن نظام مالية الدولة كان واضحاً في أذهان الفقهاء ومعالجتهم على نحو عديد، ومنذ الفترة الأولى لنشاطهم، ويرجع ذلك بالدرجة الأولى إلى أهمية هذا النظام للدولة الإسلامية، وتتمثل هذه الأهمية في تكليف هارون الرشيد وأكبر سلاطين الأرض في عصره للفقيه الحنفي أبي يوسف أن يؤولف كتاباً في مسائل المالية، هو كتاب الخراج، الذي ربما كان أول مؤلف عرفته الإنسانية في الموضوع.

(9) من العجيب حقاً أن يقرر المؤلف عدم اعتبار أحكام المظالم مما يبعد عن نطاق الأحكام الشرعية. والسؤال الذي يفرض نفسه هنا بسيط للغاية يتمثل فيما يلي: من أولئك الذين اعتبروا هذه الأحكام كذلك؟ هل هم الفقهاء أو الحكام أو القضاة المفوضون فيها؟ لقد بحثها الفقهاء واعتبروها ولاية شرعية، واعتبر الحكام أنفسهم حين يقومون بها إنما ينفذون واجباً شرعياً أملة عليهم طبيعة وظيفتهم، وحينما تولوا القضاة فإنهم كانوا على وعي بمساعدتهم الحاكم في أداء وظيفته. وفي هذا ما ينقض ذكر المؤلف هذه التي يركز عليها في تحليله لطبيعة النظام القضائي الإسلامي ووصفه بالازدواجية بعد ذلك.

القضايا الجنائية وقرينة براءة الذمة في القضايا المدنية) أمكن تصنيف طرفي النزاع إلى مدعى ومدعى عليه؛ فالأول هو الطرف الذي ترد دعواه بتقيض هذه القرينة، والآخر هو الطرف الذي تؤيد هذه القرينة قوله. ويقع على المدعي عبء إثبات دعواه، وقد ينتقل هذا العبء مرات عديدة أثناء سير الدعوى ذاتها، مثل أن يدفع المدعى عليه أولاً في قضية دين بادعاء السداد مقاصة في دين له على الدائن فيصير مدعياً. غير أن عبء الإثبات أثناء النزاع أو في مرحلة متأخرة هو بذاته. فإن على المدعي استحضار شاهدين من الرجال البالغين يشهدان بشهادة بأنها على علم مباشر بصحة دعواه. أما البينة المكتوبة فلم تكن مقبولة⁽¹⁰⁾، كما كان الإثبات بأي نوع من القرائن غير جائز أبداً⁽¹¹⁾. وقد اعترف الفقه ببعض الاستثناءات المحددة الخارجة على المعيار المألوف، فقد تكفي في بعض القضايا شهادة الواحد مع يمين المدعى على صلق دعواه، وقد تصبح شهادة النساء (وإن وجبت شهادة امرأتين مقابل رجل واحد)، غير أن الواجب دائماً هو أن يتصف الشاهد بكمال العدالة. ويعكس تشدد التطبيق القانوني في هذا

(10) رغم شيوع هذه الفكرة فإنني أرى وجوب تعديلها بعض الشيء؛ ومن حيث المبدأ فإن الفقهاء لم يروا الاعتماد على الكتابة في إثبات الحقوق متأثرين بدرجة التطور العلمي في عهدهم، حيث لم تكن البشرية قد عرفت تمييز الخطوط واختلافها بالنسبة لكل شخص عن غيره. اختلاف بصمات الأصابع. أما بعد اكتشاف ذلك وظهور الخبراء الذين يمكنهم تمييز خط الكاتب ومعرفة صاحبه على نحو يكاد يقارب اليقين فإن الكتابة - في ضوء هذا التطور وحده وسيلة إثبات يصح الاعتماد عليها يقيناً باستخدام مبادئ الفقهاء المسلمين وفهمهم للبينات، غالبية في تعريف بعضهم واسم لكل ما يبين الحق ويظهره. والكتابة أوثق في عصرنا للتعرف على الحق من كثير من أساليب الإثبات التي رأى الفقهاء جواز الاعتماد عليها.

ومع ذلك فقد أجاز الفقهاء - قبل نحو الحيرة الإنسانية في التعريف على الخطوط - الاعتماد على الكتابة في أحيان كثيرة؛ فابن القيم ينتصر للإثبات بالخط ويراه مذهب وجهور أهل العلم [الطرق الحكمية ص 186] ويرى الماوردي صحة الاعتماد عليها في الرسم الديوانية والحقوق السلطانية. «متى كانت مقننة في جواز الأخذ بها والعمل عليها»، ويرد قول أبي حنيفة «أنه لا يجوز لكاتب الديوان أن يعمل على الخط وحده»، مقررًا أن هذا القول «شاق ومستبعد» (الأحكام السلطانية ص 215، 216). كذلك يذكر الخصاف رأي بعض العلماء في جواز الاعتماد على الخط في مناسبات عنها. . انظر كتابه: أدب القضاء 136/3، 405/4، تحقيق محي. هلال سرحان، نشر في العراق 1398 هـ.

(11) ليس صحيحاً أن الفقه لم يجوز الاعتماد على القرينة، بل يمكن القول بأن هذا بالفعل رأي بعض المذنبين، وكثير من الفقهاء يرون جواز الاعتماد على القرائن. انظر رأيهم ومذهبهم في الطرق الحكمية لابن القيم ص 4.

الصدد أن أحد القضاة رفض شهادة صديق له يثق في عدالته لمجرد أنه كان قد ابتلى مرة بحب جارية فاشتراها بمبلغ يزيد كثيراً عن قيمتها الحقيقية. أما إذا لم يتمكن المدعى من تقديم البينة على هذا النحو فيطلب من المدعى عليه أداء اليمين المنكرة للدعوى. فإذا أقسم على القرآن⁽¹²⁾ قسماً صحيحاً حكم القاضي لصالحه، فإن رفض أداء اليمين صدر الحكم لصالح المدعى في بعض الأحوال إذا رضي هو أداء اليمين. ومن ثم فإن الشهادة تمثل شكلاً من أشكال الإثبات القانوني المقبولة في الفقه. فإذا تم أدؤها على نحو صحيح كانت قاطعة، بمعنى أن المحكمة ملزمة بالحكم بما يتفق مع ما عبرت عنه. وهكذا فلم يثر موضوع تقويم البينة أو الحكم في النزاع بناء على الترجيح بين الاحتمالات المختلفة⁽¹³⁾، كما لم يكن يجري استجواب الشهود في الوقائع التي يقررونها، ولم يكن أمام الخصوم سوى الطعن في عدالتهم. وهذا المعيار ذاته هو طريق الإثبات المعمول به في القضايا المدنية والجنائية على السواء. والاختلاف الجوهرى الوحيد بين هذين المجالين هو أن الإقرار ملزم في القضايا المدنية على حين يصح الرجوع عنه في القضايا الجنائية⁽¹⁴⁾.

وينطلق الفقه من افتراض أن الشهود الذين سلمت أخلاقهم من المطاعن سوف يقولون الحق دائماً، بل إن عتاة المجرمين سوف يترددون في الإقدام على يمين غير صحيحة كي يشبوا براءتهم، نظراً لاعتماده الأساسي على عامل الاعتقاد الديني، رغم أن التجارب تثبت أنه ليس بالعامل المؤثر في ظروف التقاضي والخصومة. ويكشف هذا الفرع من القانون [المرافعات] على وجه الخصوص تناول الفقهاء الباكرين النظري

(12) كيفية اليمين على ماقرره الفقهاء ليست بالحلف على القرآن، بل بالله عز وجل دون غيره، هذا ما نصت عليه

السنة. ولزيد من الوضوح انظر مثلاً: الهداية للمرغيناني 159/3.

(13) ليس هذا صحيحاً كذلك؛ يقول ابن القيم «وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرفههم وسألهم كيف تحملوا الشهادة وأين تحملوها، وذلك واجب عليه متى عدل عنه أثم وجار في الحكم، وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعى عن سبب الحق وأين كان ونظر في الحال هل يقتضي صحة ذلك. وكذلك إذا ارتاب بين القول وقوله وللمدعي عليه وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن الفرائض التي تدل على صورة الحال». الطرق الحكيمة ص 24. ومكشفاً أرجب الفقهاء «كلهم» - فيما يذكر ابن القيم - على الحاكم أن يتحرى العدل بكل الطرق الممكنة، وإلا أثم وجار في حكمه. ويختلف ذلك عما أراد المؤلف نسبته إلى أسلوب القضاة في الإثبات.

(14) ليس هذا صحيحاً بإطلاقه؛ فالرجوع عن الإقرار في القصاص والتفدي لا يسقط العقوبة.

التشريع الجنائي لعبد القادر عوده 489، 314/2.

والمثالي⁽¹⁵⁾ في أساسه مما يكشف عن أنهم أرادوا لأنفسهم القيام بدور النصحاء الروحانيين لضمير الأمة الإسلامية أكثر من كونهم مسؤولين عن إدارة شؤونها العملية. وعثّل هذا الموقف في الحقيقة الأساس للنفور الذي أبداه فقهاء كثيرون من تولي منصب القضاء، كما يشرح لماذا بدا فقيه القيروان الشهير سحنون عقب تعيينه قاضياً سنة 848 م [234 هـ] حزناً غاية الحزن حتى لم يمرّ يوماً على تهنئته بالتعيين، رغم صدور ضمان له باستقلاله في قضائه استقلالاً تاماً، وركب هو على الفور إلى بيت ابنته خديجة ليقول لها: «اليوم ذبح أبوك»⁽¹⁶⁾ بغير سكن.

وقد تركت طبيعة المرافعات الشرعية الآلية التطبيق والمفرطة في الشكلية مجالاً يسيراً يكاد يكون معدوماً لاجتهاد القاضي في ضبط الوقائع التي يواجهها⁽¹⁷⁾. فقد استهدفت قواعد الإثبات محاولة الوصول إلى حقيقة الدعاوي على سبيل اليقين. ولعل هذا الاتجاه قد وجد أبغى تعبير لافت للنظر في قاعدة أن إثبات جريمة الزنا إنما يتحقق بشهادة أربعة رجال عدول عاينوا فعل الوقاع ذاته. غير أن اشتراط هذه المعايير المشددة للإثبات دائماً قد أفضى فيها يبدو إلى ظلم يستلقت النظر. وقد كان ذلك نابعاً إلى حد كبير من فرض تبعة الإثبات غير العملية في الغالب على عاتق المدعين، مع التخفيف في مقابل ذلك عن المدعى عليهم، مما كان حرياً بأن يغري بعض من لا خلاق له منهم بمحاولة الإفلات من المسؤولية المدنية أو الجنائية التي يطمئن العقل إلى لقائها عليه. وهكذا بدت المحاكم الشرعية - في مجالات قانونية بعينها في الأقل - أداة غير كافية لتحقيق العدالة.

(15) سبقت مناقشة هذا الزعم في مقدمة المؤلف.

(16) المرافعات الشرعية آلية شكلية في تصور المؤلف. أما تصور ابن القيم - مثلاً - لها فإنه على خلاف ذلك تماماً؛ إذ يذكر هذا الفقيه أكثر من خمس وعشرين طريقاً للإثبات الشرعي، حدها وحد أدلها القوة من نصوص الشرع، وأوضح مسلك الفقهاء والقضاء في الحكم بصحتها والاستناد إليها. وإزاء هذا التنوع الكبير في وسائل الإثبات وطرقه التي يمتنع على القاضي تتبع إمكان الاعتماد عليها في القضية التي ينظرها فإن القضية الأخرى التي رتبها المؤلف على ضيق قواعد الإثبات وشكليتها تبدو فاسدة تماماً.

ويتأيد فسادها بما ذكره المؤلف نفسه في أواخر الفصل الثاني أثناء تعرضه للحديث عن القاضي «توبة بن ثمر» واجتهاده الواسع الذي لم يكن ينتقد إلا بمقتضيات الإحساس العام والمواصفات المألوفة. وتتعارض النتيجة التي أثبتها المؤلف هناك مع ما يقره هنا، ومن جهة أخرى فقد عرف الفقهاء الاعتماد على الفرائض ونقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه واقتراض مسؤوليته على نحو مطلق أو على نحو قابل لإثبات العكس. (راجع مسائل تضمنين الصناعات ومسئولية الحملين والناقلين).

ومن ثم حتم التنظيم الفعال لشئون الدولة الاعتراف بولايات قضائية أخرى غير محاكم القضاة. ولئن أدى المجال المحدد للفقهاء الشرعي إلى وقوع أنواع من القضايا بمرمتها خارج نطاق اختصاص المحاكم الشرعية - كالتقاضي في المسائل المالية التي اختص وإلى بيت المال بنظرها عادة - فإن نظام الترافع والإثبات الذي أُلحِث إلى هذه المحاكم كان هو المسؤول أساساً عن تقلص ولايتها. والواقع أنه كان هناك مسؤول عرف «بصاحب الرد» كانت وظيفته بالتحديد هي النظر في القضايا التي رفض القاضي سماعها، لأن البيئة التي قدمها المدعي لم تكن قد استجمعت المعايير الدقيقة التي ارتضتها أحكام الفقه وإن بدت هذه البيئة في حد ذاتها قوية مقنعة.

وكان القانون الجنائي هو المجال الواضح الذي لا تستطيع فيه الدولة احتمال الطبيعة المضنية للمرافعات الشرعية. فقد كان التقاضي هنا راجعاً إلى الشرطة أساساً، وكان المختص بالنظر في مسائل هذا الفرع معروفاً باسم «والي الجرائم». وقد اعتمدت هذه المحاكم على الاستدلال بالقرينة، وسمعت شهادة الشهود المتهمين في عدالتهم، وأحلفتهم مع استجوابهم ومناقشتهم في شهادتهم، وحسب أصحاب التهم، وجُرمتهم بالنظر إلى أخلاقهم المعروفة وسوابقهم⁽¹⁷⁾، وربما طلبت هذه المحاكم من المتهم أن يقسم بولي⁽¹⁸⁾ معروف في المحلة بدلاً من القسم على القرآن الكريم. ويوجه عام فقد كان لهذه المحاكم أن تستخدم من المعايير ما تراه مناسباً في الكشف عن الجرم ولو بانتزاع الاعتراف من المتهم بالقوة. وباحترام هذه المحاكم لقواعد القانون الديني احتراماً اسمياً فإنه كان لها أن تطبق الحدود أو العقوبات المقدرة وإن لم يجب عليها ذلك حينها لا ترقى الأدلة المتاحة أمامها إلى المعايير الشرعية؛ وكذا أضافت هذه المحاكم إلى مرونتها في الإجراءات مدى واسعاً من الاجتهاد في تحديد العقوبات أعطى لأسلوبها في إقامة العدالة في المجال الجنائي هذا الطابع التقديري الذي تميزت به إلى حد بعيد.

(17) أوضح الماوردي أحكام هذه الولاية في كتابه الأحكام السلطانية ص 219، غير أنه لم يشر بأي شيء إلى اختصاص الشرطة بها. ومن ناحية فإن التغليب على المتهم إنما ينحصر فيما إذا كان هذا التهم من أهل الربيع معروفاً بارتكاب مثل هذه التهمة، فإن لم يكن كذلك وضعت التهمة ووضعت وعجل بإطلاقه ولم يخلط عليه. وولاية الجرائم بهذا المعنى تبع لولاية النظام وفرع منها، وينطبق ذلك على ولاية صاحب الرد. ويتضح ذلك بالنظر إلى الفروق التي أجعلها الماوردي بين نظر النظام وولاية القضاء. الأحكام السلطانية ص 83.

(18) الحكم الفقهي الواضح هو أن اليمين لا يكون إلا بالله. وقد أجاز البعض الإحلاف بالطلاق والعاتق إن مست إليه ضرورة وكان من شأنه إظهار الحق، راجع ذلك في نتائج الأفكار تكملة فتح القدير 175/6.

وكذلك كانت قوانين الأراضي أمراً آخر أثار اهتمام الحكومة بشكل خاص، نظراً لأن كبار الملاك قد أخذوا أرضهم بإقطاع من الحاكم كي يحتفظ بولائهم له سياسياً. ولهذا السبب أثر الحكام غالباً أن يتولوا القضاء في هذا المجال بأنفسهم على أساس نظام الإثبات التقديري مع الالتزام بالأحكام الموضوعية بطبيعة الحال، وربما فوضوا فيها غيرهم ممن عرفوا بأصحاب المظالم⁽¹⁹⁾. ومن ثم كانت لولاية المظالم دائرة عمل أوسع بكثير من التحقيق في الشكايات ضد موظفي الدولة، فقد كانت حدودها تتسع إلى المدى الذي يراه الحاكم، فامتدت بذلك إلى الحد الذي أصبح يمثل في الغالب تحدياً خطيراً للمحاكم الشرعية، كما هو واضح من السلطات الشاملة التي أسندتها الحكام المالكي في مصر «لمحكمة الحاجب»، تلك التي كانت تحكم في قضايا من القانون الخاص التابع في العادة لنظر القضاة.

ومن ثم فإن العمل القانوني الإسلامي قد ارتكز على نظام مزدوج من المحاكم. ومع أن كل الوظائف في الدولة الإسلامية كانت من الناحية النظرية ذات صبغة دينية فإن الفرق بين القضاء الشرعي والمظالم قد وصل إلى حد الاقتراب من مفهوم التفريق بين المحاكم الشرعية والعلمانية⁽²⁰⁾، إذ إنه على حين اعتبر القاضي الممثل لقانون الله

(19) يدخل النزاع في الأراضي بصفة عامة ضمن اختصاصات القاضي العادي، غير أن النزاعات التي تنور حولها قد تخرج عن ذلك إلى اختصاص ولاية المظالم إذا اشتملت الدعوى على ظروف خاصة، كأن يحدث التعدي عليها من قبل ولاة الجور أو أصحاب النفوذ من يصعب على القاضي الانتصاف منهم، فتحال القضية حينئذ إلى نظر أصحاب المظالم الذين يستطيعون الفصل في هذا النوع من القضايا على نحو أكثر تحقيقاً للعدل والإنصاف: انظر: الأحكام السلطانية للملاويدي ص 82.

(20) يريد المؤلف إقامة الفرق بين القضاء والمظالم بالنظر إلى أمرين، أولهما: التوسع في وسائل الإثبات في ولاية المظالم، خلافاً للنظر القضائي العادي المتمزم بوسائل الإثبات التي وصفها المؤلف كثيراً بالضيق والتشدد. والآخر: الاختصاص بالنظر في قضايا معينة؛ إذا اختصت المظالم بالموضوعات القانونية العامة التي رأى المؤلف أن الفقه لم يهتم بها تركيزه على العلاقة الخاصة بين العبد وربّه عز وجل. ومن ثم بدت المظالم في رأيه أكثر اختصاصاً بالموضوعات الجنائية والإدارية والمالية والأراضي، نظراً لأهمية هذه الموضوعات بالنسبة للتنظيم الاجتماعي. أما القضاء العادي فيختص بموضوعات القانون الخاص المتمثلة أساساً في المعاملات المدنية وأحكام الأسرة.

ومن العجيب حقيقة أن يصل المؤلف من إقامة الفرق بين ولاية المظالم والقضاء إلى حد القول باعتبار الفرق بينهما مساوياً للفرق بين المحاكم العلمانية والشرعية في العصر الحديث، في محاولة سافرة منه لتبرير الوضع القانوني القائم في البلاد الإسلامية في العصر الحديث، ومتناسياً حقيقة =

فقد اعتبر صاحب المظالم الممثل لقانون الحاكم. وقد تكشف هذه الواقعة التفصيلية المستمدة من العمل القانوني في مصر أثناء القرن التاسع [الثالث الهجري] عما من شأنه أن يوضح هذا التزييق؛ فقد عقد صاحب المظالم - حينما حل محل القاضي أثناء غيابه غياباً مؤقتاً - مجلسه للحكم في مبنى خاص، متحولاً عن المسجد الذي كان المجلس المؤلف لحكم القاضي (21).

وقد قام الفكر التشريعي في القرن الحادي عشر [الخامس الهجري] وما بعده بتطوير فقه القانون العام (22)، ليقدم صياغة نظرية للوضع الذي شغلته الأحكام

= قررهما في الفقرة السابقة على زعمه هذا مباشرة، وهي أن عاكم المظالم كانت ملزمة بأحكام الفقه الموضوعية التي كانت المحاكم العادية ملزمة بتطبيقها كذلك. وليس الأمر كذلك في المحاكم العلمانية الحديثة التي تطبق قوانين مستمدة من الغرب، تختلف في المصدر وفي طبيعتها مع القانون الذي كانت تطبقه عاكم المظالم والقضاة على السواء. الواقع أن تحليلات المؤلف في هذا الفصل كله تنطلق من الرغبة في إثبات هذا الزعم الغريب والشاذ بأي مقياس.

(21) تقدم - في التعليق السابق مباشرة - أن المؤلف يقيم الفصل بين المظالم والقضاء على الموضوعات التي اختصت كل منها بنظرها فضلاً عن أساليب الإثبات للمتمثلة لديهما. والمواقع أن إقامة الفرق بينها على أساس موضوعات ولاية كل منها عسير للغاية، فنظر قاضي المظالم والقاضي العادي إنما يتحدد في عقد توليها في ضوء اعتبارات تنظيمية عديدة، وكثيراً ما وسد للقضاة النظر في المظالم. وكل هذا يدل على تعاون الولايتين في إقامة العدالة. والفرق الأساسي الوحيد بينها فيما يستخلص من كتابات الفقهاء المسلمين أن ولاية المظالم مخصصة بتلك الأحوال التي لا يستطيع القاضي العادي الفصل فيها نظراً لسطوة المتهم وقوة نفوذه. ولذلك اشترط في القائم بها أن يكون جليل القدر عظيم المية، له سلطان مباشر كان يتولاها الوزير أو الوالي أو الخليفة، أو يستند في ولايته لها إلى واحد من هؤلاء. وكثيراً ما كان القضاء يفوضون عن هؤلاء في نظر المظالم. وتتصل الموضوعات للسنة إليها بطبيعتها القوية هذه، فهي تختص بالنظر في القضايا الناشئة من جور الولاة وموظفي الدولة وتقوم بتبني الأحكام القضائية التي عجز القضاء بوسائلهم المحدودة عن تنفيذها. وهكذا فإن ولايتها تستند إلى هيئة الدولة وقوة سيادتها، وتُنظر في كل الموضوعات ابتداء من سوء سلوك بعض الحكام والموظفين إلى قضايا الزواج والوفد. فقد ذكر المؤلف نفسه - أثناء حديثه عن قضية دار الفيل - إن المدعين رفعوا أمرهم إلى الخليفة، وأنه شكل لجنة للنظر في قضيتهم، على نحو مكته من إنهاء تردد القضاء واختلافهم في الحكم في هذه القضية. ويدل ذلك على التواء القضاء والمظالم في الموضوعات القضائية وطبيعة الأحكام التي يصدرانها، وإن اختلفا بعد ذلك في الوسائل المتاحة لكل منهما في تنفيذ العدالة. أما استئناس المؤلف على الفرق بينها بتحول صاحب المظالم عن مجلس القاضي أثناء نيابته عنه إلى مكان آخر فربما يدل على عكس النتيجة التي أرادها، فهذه النيابة أقوى في إثبات التوافق بين الولايتين من اختلاف المكان.

الشرعية في توجيه شؤون الدولة الإسلامية⁽²²⁾. ومن حيث المبدأ فإن مذاهب أهل السنة تتفق جميعها بالنسبة للشروط الواجب توافرها فيمن يتولى منصب الخليفة على وجوب استجماع أمرين أساسيين: كمال التقوى، والقدرة على إدراك أحكام الشرع وتحقيقها بطريق الاجتهاد، كما تعترف جميعها كذلك بأن الحاكم المتمتع بهذه الصفات من حقه أن يتخذ من الإجراءات ما يراه مناسباً لتطبيق أحكام الشرع والقياس عليها. وهذا النوع من الحكومة هو المعروف بأنه «يوافق السياسة الشرعية». ومن الواضح أن مصطلح الشرعية⁽²³⁾ هنا ذو مضمون أوسع بكثير من المعنى الفني للقانون الذي يتضح في مؤلفات الفقهاء والذي نعتمده دائماً في هذا الكتاب. فبالنسبة لفقهاء القانون العام كان مفهوم التزام الحاكم بالحقم وفق الشريعة يعني أنه ملزم بتحقيق مقاصد الشرع العامة للمجتمع الإسلامي. ولئن كان الفقه الشرعي قد قام بشرح تلك المقاصد في صيغة حقوق للأفراد وواجبات عليهم وتحديد معايير لسلوكهم لا يصح نقضها، فقد كان الواجب الأول والأهم للحاكم متمثلاً في حماية المصالح العامة، وفي تعهده لهذا الواجب كان له مطلق الحق في الاجتهاد بنفسه لتحديد كيفية تحقيق مقاصد الشرع للمجتمع المسلم على أفضل وجه حسب الظروف والأزمان.

إن محكمة القاضي، حسب المؤلفات في القانون العام [كتب السياسة الشرعية والأحكام السلطانية]، تمثل أداة التقاضي العادية، وأساس النظام القضائي⁽²⁴⁾. والنهوض بواجب القضاء ذو قيمة دينية مرموقة، وهو عمل حيوي للدولة، ونفوز العلماء من القيام به يعد أمراً مذكوراً إلى حد بعيد. ومع ذلك اعترف النظر الفقهي بالتحديدات التي أملت عليها طبيعة القانون الشرعي على عمل القاضي حينها أجاز له أن يمتنع عن الحكم في القضايا التي لم تستجمع بينتها المعايير الشرعية الدقيقة، وإن كانت هناك وجهة نظر نصادفها كثيراً وتتمثل في وجوب أن يعتمد القاضي على تطويع الأحكام النظرية لمقتضيات الضرورة العملية، فيقبل - على سبيل المثال - شهادة رجال لم يتصفوا بالعدالة في معناها الدقيق⁽²⁵⁾.

(22) ربما يشير المؤلف إلى كتاب الأحكام السلطانية ومؤلفه الماوردي الذي عاش في القرن الخامس والتوفي سنة 450 هـ. ومع أن هذا الكتاب على قدر كبير من الأهمية في التأليف الفقهي فإنه مسبق بمحاولات عديدة في معالجة موضوعه نفسه. ولمرقة بعض هذه المحاولات انظر مقدمة تحقيق كتاب «غياث الأمم» الذي وضعه إمام الحرمين الجويني (ت 478 هـ)، والذي حققه الدكتور مصطفى حلمي وآخر. وإذا كان الأمر كذلك فإن تعيين القرن الخامس الهجري بداية لقيام الفكر التشريعي بتطوير فقه القانون العام أمر يحتاج إلى إعادة نظر.

(23) يتفق الفقهاء على اشتراط العدالة في الشاهد لقبول شهادته والحكم على أساس منها، وعلى رد =

وترفع محاكم المظالم في سلم السلطة القضائية، فوق القضاة، وأحكامها هي التعبير المباشر عن السلطات القضائية والتنفيذية الواسعة للمحاكم، ولايتها أرفع في الدرجة؛ فقد اعترف لها خاصة بالحق في صياغة أحكام موضوعية إضافية تلتحق بالأحكام الفقهية المقررة. ومن الأمثلة على هذا النوع من النشاط ما ذكره الماوردي عن سابقة تتمثل في حكم الإمام علي الذي أسس به قاعدة: الإهمال المشترك - Contributory Negligence. ذلك أن ثلاث جاريات كن يلعبن لعبة «الامتطاء»، وبينما كانت إحداهن تمتطي أخرى إذ بالثالثة تقررص المركوبة لتقص فتوقع الراكبة⁽²⁴⁾ التي ماتت من سقطتها فقضى عليٌّ بوجوب أن تتحمل كل جارية منهن ثلث الدية المفروضة. ولئن كانت الأحكام الباكورة التي من هذا النوع قد صارت جزءاً لا يتجزأ من الفقه فإن فقه القانون العام [السياسة الشرعية] لم يضع أي قيد على ممارسة الحاكم فيها بعد هذه السلطة، فبما عدا القيد الطبيعي المتمثل في وجوب ألا تنقض هذه السلطة أي تحریم نصّ عليه الشرع. ومن الطبيعي أن يكون لإسهام ولاية المظالم أهمية بالغة، نظراً إلى أن التفكير الفقهي كان قد صار إلى الجمود في قوالب محددة، فقدمت ولاية المظالم هذه - بالنسبة للمستغلين بالقانون العام في الأقل - الأداة المتاحة لتطوير التشريع الإسلامي إلى مدى يكاد يشبه المدى الذي وصلت إليه فكرة العدالة Equity⁽²⁵⁾ في تحرير النظام القانوني الانجليزي من الجمود الذي كان عليه «القانون العرفي».

= شهادة الفاسق وعدم الحكم بناء عليها، ففي ذلك تضيق لحقوق الناس. لكن بعضهم قد توسع في قبول شهادة للمستور الحال الذي لم يعرف بعدالة ولا فسق، بل إن أبا حنيفة والحنن البصري لم يوجبا على القاضي السؤال عن الشاهد ورأياً أن له أن يحكم بشهادة من لم يطلع على حاله ما لم يظن الحقسام؛ فالسلمون عدول على بعضهم، وآية المدابنة تعطي القاضي هذا الحق بقولها: (من ترضون من الشهداء)، فلذا عمل بعض القضاة بهذا الرأي كان مسلكهم مبرراً بهذا الرأي.

(24) ذكر الماوردي نسبة مسألة القارصة والقامصة والواقصة إلى عليٍّ (ص 78 من الأحكام السلطانية)، وأشار الإمام الشافعي في الأم [163/77] إليها بقوله: «والواقصة جارية ركب جارية، فقرصتها جارية فقصمت فوقصت المحمولة فأتلق عتقها فجعلها [أي الدية] ثلاثاً». وتذكر كتب الأحناف رواية أخرى من عليٍّ خلاصتها أنه أوجب دية المقتولة على عاقلتي الجاريتين المشتركين في الخطأ المقضي إلى الموت. انظر فتح القدير 348/8.

(25) تتعدد هذه الكلمة Equity كثيراً في الإشارة إلى الفلسفة التي قام عليها القانون الانجليزي، وكان يعني أصلها اللاتيني *aequitas* في البداية مجرد المعاملة المتباعدة التي تصدر عن إحساس بالمساواة، وقد تأثر بالكلمة الإغريقية *emeikia* التي كانت تتضمن معنى المسؤولية والاعتدال. وعني بها في هذا القانون الرجوع إلى مبادئ العدالة الطبيعية التي تضمستها

ويغض النظر عن «والي الجرايم» الذي ربما كان يتولى شيئاً من ولاية المظالم في مجال القانون الجنائي بخاصة فإن فقه القانون العام قد اعترف بولايات قضائية أخرى أقل مرتبة من ولاية القاضي، نظراً لاختصاصاتها المحددة. غير أن أغلب هذه الولايات وظائف إدارية ومعاونة لعمل القاضي في أحيان كثيرة كالقيام بتقدير الضرر اللاحق بالأموال أو تقدير الأرض في الجراح اللاحقة بالأشخاص. ولا شك في أن أقرب هذه الوظائف الثانوية المذكورة في النصوص الفقهية صلة بالطابع الإسلامي هي وظيفة «المحتسب» الذي كان مسئولاً عن الإشراف العام على المصالح الدينية والحلقية لمنطقة معينة، فانتسعت الواجبات الموسدة إليه من الحمل على أداء الصلاة والصيام إلى اتخاذ الأساليب الملائمة للمحافظة على الفصل بين الجنسين في الأماكن العامة. كذلك كانت له سلطة خاصة في التعامل السريع مع المخالفات التي تحدث في الأسواق كإخفاء مواد الطعام أو الغش بكتمان العيوب في التجارة؛ غير أن هذه الولاية المحدودة إنما هي مجرد عمل مكمل لدوره الأساسي المتمثل فيما قد عبر عنه بعض الكتاب⁽²⁶⁾ من أن ولايته الفصل في القضايا التي تقصر عن مكانة القاضي ولا ترتفع إلى رتبته بينما تختص محاكم المظالم بالنظر في القضايا التي ترتفع عن ولاية القاضي وتقتصر دونها قدرته⁽²⁷⁾.

ومن وصف المؤلفين في القانون العام للبناء الكلي للنظام القضائي على هذا النحو يبدو أنهم كانوا إنما يشرحون الوضع القائم المعروف لديهم، وأنهم لم يكونوا يعرضون أو يقررون النظام الصحيح الأوحده الذي يجب على جميع المسلمين التزامه؛

= القوانين الرومانية، كما عني بها في القانون الانجليزي بخاصة الإشارة إلى النظام القانوني الذي نشأ مستقلاً عن القانون العرفي Common Law الذي كانت تنصرف إليه كلمة قانون بمعناها الضيق. وقد تطور هذا النظام المبني على العدالة من القرارات الصادرة في قضايا سكت عنها القانون العرفي، بعد أن حظيت هذه القرارات باعتبارها سوابق قضائية ملزمة، وكانت - في أهم ما تنسب به - أقل ثباتاً وجوداً من أحكام القانون العرفي. ولذلك نشأت في إنجلترا محاكم خاصة تلتزم في أحكامها بهذه القرارات، كانت رئاستها موكلة إلى محكمة تشانسرري Court of Chancery، ثم أصبحت المحاكم الانجليزية جميعها ملزمة بالعمل بأحكام القانون العرفي أو الأحكام القائمة على أساس من مبدأ العدالة، مع ترجيح الأخيرة في أحوال التعارض. وقد حدث هذا التطور الأخير منذ سنة 1873 م.

(26) ربما يشير المؤلف إلى الماوردي ضمن ما يشير إليه بعبارة هذه؛ فقد عقد الماوردي مقارنة بين المظالم والحسبة، ليشير إلى أن أول وجه للفرق بينهما هو أن «النظر في المظالم موضوع لما عجز عنه القضاة، والنظر في الحسبة موضوع لما رُفِعَ عنه القضاة، ولذلك كانت رتبة المظالم أعلى ورتبة الحسبة أخفض». الأحكام السلطانية، ص 243.

فإنهم اعترفوا فعلاً بأن توزيع السلطات القضائية من حق الحاكم وحده، وأن نطاق تنظيماته الحكومية يجب أن يتحدد بالضرورة طبقاً لمتطلبات الزمان والمكان. ومن الناحية التاريخية فإن حدود الولايات المختلفة لكثير من الوظائف القضائية قد تفاوتت إلى حد كبير من فترة إلى فترة ومن منطقة إلى أخرى؛ فابن تيمية - الذي كتب أعماله في القرن الرابع عشر [الثامن الهجري] - مثلاً قد ذكر أن السلطة العسكرية في مصر وسوريا في أيامه كانت مختصة بأكثر القضايا الجنائية وبعض القضايا المدنية، غير أنها لم يكن لها اختصاص قضائي في المغرب آنذاك مطلقاً، بل اقتصرت وظيفتها على إنفاذ أحكام القضاة. كذلك كان القضاة أنفسهم يقومون بالعمل في المحاكم الشرعية والنظر في المظالم أحياناً، وإن كان المبدأ العام هو اختصاصهم بقضايا القانون الخاص والقانون الأسري والميراث، والتعاقدات والأضرار المدنية والأوقاف⁽²⁷⁾.

ولعل التشريع الجنائي هو الذي يزودنا بالمثال الواضح لهذه السلطات التقديرية الواسعة التي أعطاه لها فقه السياسة الشرعية للحاكم. ففيما يتصل بقانون الإثبات كان له أن يأمر بالأخذ بأي أسلوب⁽²⁸⁾ يراه كفيلاً بالكشف عن الجاني؛ فكما يذكر أحد المؤلفين: «أطلب اليمين من كل متهم فقط لنطلق سراحه بعد ذلك، ونحن نعلم باعتياده الإجرام، تعلقاً بأننا لا نستطيع إدانته إلا بشاهدين عدلين؟ إن هذا مخالف للسياسة الشرعية⁽²⁹⁾! أما بالنسبة للقانون «الموضوعي» فقد كان الحاكم حراً تماماً - في

(27) ذكر ابن تيمية إن «مهم الولايات وخصوصها وما يستفيده التولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والأعراف؛ ليس لذلك حد في الشرع. فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في مكان وزمان آخر وبالعكس، وكذلك الحسبة وولاية المال... وإذا كان ذلك كذلك فولاية الحرب في عرف هذا الزمان في هذه البلاد الشامية والمصرية تختص بإقامة الحدود التي فيها إتلاف مثل قطع يد السارق وعقوبة المحارب... ويدخل فيها الحكم في المخاصمات والمضاريات... كما تختص بإثبات الحقوق والحكم في مثل ذلك والنظر في حال نفاذ الوقت وأوصياء اليتامى وغير ذلك مما هو معروف. وفي بلاد أخرى تبتلاد المغرب ليس لولاى الحرب حكم في شيء، وإنما هو منفذ لما يأمر به متولي القضاء». ص 11 من كتاب ابن تيمية: الحسبة في الإسلام، طبعة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

(28) حدد الفقهاء الأساليب التي يصح للحاكم الأخذ بها في حدود السياسة الشرعية، وإلا فإنه يكون متجباً لسياسة ظالمة غير شرعية. انظر تفرق ابن القيم بين هذين النوعين من السياسات في إعلام الموقعين: 372/4، وهنا يحور ابن القيم الآراء المتعلقة في مسألة حق الحاكم في العمل بمقتضى السياسة، نافلاً توسع بعض الفقهاء في ذلك وتضييق بعضهم الآخر، ومقرراً في النهاية أن الحقيقة في التوسط بين حدي الإفراط والتقصير.

غير مجال الحدود- في تحديد التصرف الذي يمثل جريمة⁽²⁹⁾ ووضع العقوبة لكل حال على حدة. ومثل هذه العقوبة التقديرية هي المعروفة وبالتعزير؛ فالهدف منها هو منع المتهم نفسه وغيره من ارتكاب مثل هذا التصرف. غير أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى أن عقوبة التعزير يجب أن تنحصر في الجلد والسجن. وألا تتجاوز العقوبة المقدرة من جنسها في الحد أبداً، وهي مائة جلدة أو مدة عام في السجن⁽³⁰⁾ أما المالكية فكان وجوب تناسب العقوبة مع الجناية وطبيعة الجاني هو الأصل المطبق عندهم بإطلاق، وقد يجب العقاب بالقتل إذا اقتضاه هذا التناسب. وأخيراً ومع أن المقصد العام من العقوبة التعزيرية هو المنع من أي تصرف يخل باستقرار نظام الدولة فإن الحاكم كان يفرض أحياناً هذه العقوبة في قضايا ذات طابع مدني بحث⁽³¹⁾؛ فقد كان يقضي بتعزير المعتدي بالقتل أو الجرح إذا عفا عنه المجني عليه أو وليه.

وإنما أعطى الفقه لولي الأمر هذه السلطات التقديرية الواسعة بناء على افتراض كونه مهتماً لشغل منصبه ومؤهلاً له على نحو نموذجي. وهنا تبدو الطبيعة المثالية للنظر الفقهي بأكبر قدر من الوضوح؛ فلم تكن هناك هيئة دستورية أو هيئة قضائية مستقلة بشكل يضمن كون الحاكم مؤهلاً على هذا النحو، وأنه لن يسيء استخدام سلطاته. ولئن بين الفقه بوضوح كامل أن المفهوم الذي تقوم عليه الدولة هو الاحتكام إلى شرع الله فإنه لم يذهب أبداً إلى ما يمكن أن يمثل تحدياً خطيراً لسلطات الحاكم المطلقة المتحركة في التطبيق العمل للشرعية⁽³²⁾. وقد وصل أخيراً إلى موقف الاستسلام

(29) التجريم لا يكون إلا بنص، كما نقلنا عن للمرحوم عبد القادر عودة الذي درس المسألة دراسة واقعية، متنبهاً إلى أن سلطة القاضي في التعزير ليست تحكيمية، وأنه لا يستقل عن الشرع بالتجريم: التشريع الجنائي 152، 117/1.

(30) عرفه المرحوم عبد القادر عودة بأنه: وتأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود. السابق: 127/1؛ فهو تأديب على ذنوب ومعاص لم تقدر لها الشريعة عقاباً عديداً، وإن حددت عقوبات معينة، تاركة للقاضي الاختيار من بينها حسب نوع الجريمة وظروف المجرم. ولا تنحصر العقوبات التعزيرية فيما ذكره المؤلف، فقد يكون بالتريخ والزجر بالكلام، وقد يكون بالحبس وبالغني، وبالضرب وبالغرامات المالية. انظر: المرجع السابق، والحسبة في الإسلام لابن تيمية ص 46 وما بعدها.

(31) التعزير بالقتل عند عفو ولي الدم ليس عقوبة في قضية مدنية، وقد ناقشت الحقوق المتعلقة بالتصاص في الفصل الأول.

(32) بين الفقه الأحكام الشرعية، ونقد الفقهاء سياسات الحكام القائمة على مخالفة هذه الأحكام، =

الخائف للحاكم والاعتراف بشمول سلطته في الحكم بوجوب طاعة ولي الأمر مهما كانت سياسته، فأكثر السياسات طغياناً وفساداً أولى من الفتن الداخلية⁽³³⁾. لقد اضطرب ترتيب الولاء الذي أمرت به الآية القرآنية: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾⁽³⁴⁾، وغدت الشروط المقيدة لممارسة الحاكم سلطاته الفعلية إنما تنبع من وحي ضميره وحده.

ولعل ما قررناه حتى الآن كاف في إظهار أن القانون الشرعي - وإن كان أساسه الديني قوياً في إنشاء بناء مثالي شامل للسلوك الفردي - إنما يمكن أن يشكل جانباً واحداً من جوانب النظام القانوني الإسلامي. وقد جاء فقه السياسة الشرعية مستنداً إلى تحليله الواقعي لطبيعة القانون الشرعي وتطور الأخذ بأحكامه في تنظيم شؤون الدولة ليقبل حتمية وجود ولايات قضائية أخرى بجانب القضاء الشرعي وليقرر مشروعية هذه الولايات القضائية التي لا يمكن اعتبار مجرد وجودها ابتعاداً عن القضاء الشرعي

= وتعرضوا لذلك إلى كل أنواع الابتلاء والمحن، وتكفي قراءة سيرة حياة بعضهم للاطلاع على ما لاقاه بعضهم من صنوف العنت والإرهاق في إحقاق الحق وإبطال الباطل.

(33) ليس صحيحاً تصوير موقف الفقهاء على هذا النحو؛ وإذا رجعنا إلى عباراتهم ذاتها وجدنا أنهم متفقون عبر العصور على أن الإمام أمين على الأمة، ومسؤول بمقتضى هذه الأمانة عن شؤون هذه الأمة أمامها وأمام الله عز وجل، فإذا قام بمسئوليته المحددة بدقة وجبت طاعته وإلا فلا. ويتحدث الشافعي والمالوي والبخاري وابن حزم والغزالي وغيرهم بلغة واحدة في أن الإمام والوالي والقاضي يتعزلون جميعاً بالفسق والجور، بل يقر الإيجي في المواقف على نحو غاية في الوضوح أن «لأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجب». أما مذهب «الصبر» على الإمام الجائر، وقبول إمامة المتغلب فقد قال به بعض الفقهاء ترويقاً للفتن الداخلية التي قد تزيد شرورها والأضرار التي تقود إليها على ضرر بقاء التغلب في الحكم، أما إن كانت شرور بقاءه في الولاية أكثر من شرور الفتنة الداخلية فإنهم لا يترددون كثيرهم في وجوب الخروج عليه. وهذا هو الذي تؤيده المواقف العملية حتى في الفترات المتأخرة. ففي أوائل العصر الحديث قاد الفقهاء ثورات مسلحة للتغيير من أمثلتها ما قام به عثمان بن فودي في نيجيريا ومحمد بن عبد الوهاب في الجزيرة العربية والحاج عمر السنغالي في جنوب الصحراء الأفريقية. ويرتبط الكفاح ضد أنكلترا في شبه القارة الهندية بأساسه عدد كبير من فقهاء الدين الإسلامي، وفي مصر قام السيد عمر مكرم بتعبير الأمة كلها بخلق الوالي التركي وإحلال محمد علي عهده، وإن أثبت الواقع بعد ذلك أن اختيارهم لم يكن في محله. والحقيقة أن المؤلف يردد هنا الزعم نفسه الذي رده عدد كبير من المستشرقين من بينهم أرنولد وماكنونالد، وقد علق الدكتور الرئيس على زعمهم هذا في كتابه: النظريات السياسية ص 344 وما بعدها.

(34) النساء، آية: 59.

بأي حال، والواقع أن الحكومة الإسلامية ما عנית - سواء في النظر أو التطبيق - أن ينحصر القضاء في المحاكم الشرعية أبداً⁽³⁵⁾.

(35) يقترب هذا الفصل من الفصول التي سيبدأ فيها المؤلف تناوله للأوضاع التشريعية للعالم الإسلامي في العصر الحديث. لذلك أراد أن يثبت بعض النتائج التي تعينه على إثبات وجهة نظره في هذه الأوضاع التشريعية، وهذا هو السبب فيما يتسم به هذا الفصل من تعقيد أحياناً، وبما عن الدقة في أحيان أخرى.

وفي هذا الفصل يبحث المؤلف النظام القضائي في الدولة الإسلامية ومدى التزامه بالأحكام الفقهية، منطلقاً بتحليلاته كلها من رغبة لم يكف المؤلف عن تأكيدها وتمثيل في إثبات نوع من الأزواجية في التطبيق القانوني الإسلامي يماثل هذه الأزواجية التي يشهدها العالم الإسلامي في العصر الحديث منذ فرضت عليه القوى الاستعمارية استمداد قوانينه الأساسية من أوروبا وإقامة هذا النوع من المحاكم العلمانية المطبقة له، إلا في مجال ما سمي بالأحوال الشخصية، فقد بقيت السيطرة فيه عموماً للمحاكم الشرعية وأحكام الفقه الإسلامي.

والواقع أن فرض هذا الوضع الذي تجاهد الشعوب الإسلامية - حالياً في التخلص منه حل كل التاريخ القانوني الإسلامي نموذج لا يمكن أن يؤدي إليه الهوى في تضليل الباحث عن رؤية الحق ولا يمكن للمؤلف - إذا أعاد التفكير في الأمر - أن يتصور شبهة حق في هذا الذي يقرره؛ فهو يعرف جيداً تلك الظروف التي أدت إلى قيام المحاكم العلمانية، وهو يعرف أن عكمة المظالم كانت ملزمة بأحكام الفقه بعد ثبوت التهمة، أما أسلوبها في التحقيق فقد اتسم بالتوسع في بعض الأحوال التي اقتضت هذا التوسع، وهم في هذا التوسع أيضاً يستندون إلى رأي فقهي أو آخر. والأمر كما قال الماوردي أن قضاة المظالم يخرجون قبل إثبات التهمة في التحقيق مع من عرف بارتكاب مثلها وعن ضيق الوجوب إلى سعة الجواز. ومع ذلك فلو افترضنا حدوث بعض الخروج على أحكام الفقه في اجتهاد قضاة المظالم - ومن شأن ذلك أن يحدث أحياناً - فإنه لن يكون سوى استثناء يؤكد الأصل وهو سيادة الأحكام الشرعية في التطبيق القانوني؛ ولن يكفي هذا الاستثناء لإلحاق محاكم المظالم بالمحاكم العلمانية، كما لا يمكن اعتبار المحاكم العلمانية محاكم شرعية إذا التزمت ببعض أحكام الفقه وطبقته. والأمر أخيراً أن المؤلف لا يمكنه الجمع بين واجبه في احترام عقل القارئ وإصراره على هذه النتيجة التي شذ بها عن كل فهم سليم.

لقد كانت رغبة المؤلف في إقامة هذه النتيجة هي السبب في تصويره بعض القضايا تصويراً لا يتسم بالدقة في الأقل. فقد اضطر - كما أشرت سلفاً - إلى الفصل بين ولاية القضاء وولاية المظالم فضلاً موضوعياً، مخالفاً بذلك ما قرره الفقهاء المسلمون الذين وصفوا النظام القضائي الإسلامي وهو يعمل. كما اضطر المؤلف أيضاً إلى افتراض ابتعاد الفقه عن تناول مسائل القانون العام، وجمود نظام المرافعات الشرعية القائم على أسس مثالية لا جلد لها على ضبط الواقع ومواجهته في قاعات المحاكم، ذاهباً من ذلك إلى أن المظالم هي التي استكملت هذا النقص بتوصلها إلى أحكام تخرج عن نطاق الأحكام الشرعية التي بحثها الفقه. وهذه تفصيلات اضطر إليها المؤلف لإقامة نتيجة الفاسدة بوضوح، وقد ناقشتها مناقشة تفصيلية في مكانها.

الفصل العاشر

الفقه والمجتمع الإسلامي

يقضي الفكر الإسلامي أنه ينبغي بمجرد الدخول في الإسلام هجر قواعد السلوك التي نشأت من التجارب الماضية أو الاحتياجات الحاضرة للمجتمع⁽¹⁾ والاحتكام بدلاً من ذلك إلى أحكام الشرع التي تبلورت في صيغتها «الكلاسيكية» خلال القرن العاشر [الرابع الهجري]. وهذا الفصل هو تأمل نتائج التوتر الجوهرية الناشئة من ذلك - في المجتمع الإسلامي الذي يمتد إلى مختلف مناطق العالم - بين أحكام الفقه وما استقر عليه العرف في المجالين الأساسيين للقانون الخاص، وهما قانون الأسرة وقانون المعاملات المدنية.

أما قانون الأسرة فقد كان مطبقاً في عمومته لدى الشعوب الإسلامية العربية وفق القواعد الفقهية الدقيقة. فهذا النظام القائم على أعراف تلك البلاد التي نشأ فيها الفقه كالحجاز والعراق، والذي استوعب في إطاره بشكل طبيعي هذه الإصلاحات⁽²⁾ التي

(1) لم يوجب أحد طرح الاحتياجات الحاضرة، أو حتى المستقبلية، بل الواجب مراعاة هذه الاحتياجات إذا كانت تمثل مصالح حقيقية للمجتمع؛ فال معروف أن أحكام الفقه مبنية إما على نص أو مصلحة.

(2) هل هي مجرد إصلاحات استبقت جوهر النظام السابق أو أنها تغييرات جذرية، هذمت شكل المجتمع السابق - وكل مجتمع آمن بها بعد ذلك - وأقامت بناء جديداً في العقيدة والخلق والتشريع؟ ناقشت ذلك في الفصل الأول موضحاً أنها كانت تغييرات جذرية. وبناء على ذلك فلم يكن المجتمع العربي في وضع أفضل من غيره بالنسبة لاستقبال التشريعات التي جاء بها الإسلام.

أى بها النبي ﷺ كان من شأنه أن يتوافق مع المزاج الخاص للمجتمع العربي وأن يلقى تأييده ونصرته. أما بالنسبة للشعوب الأخرى غير العربية فقد أثار أخذها بأحكام الفقه مشكلات حادة، نظراً لغربة مفاهيمه الأساسية عن البناء التقليدي لمجتمعات هذه الشعوب في أكثر الأحوال.

لقد كان العرف المحلي في بعض هذه المجتمعات من القوة بحيث حال غمماً دون الأخذ بأحكام الشريعة في تنظيم علاقاتها الأسرية. نعم كانت هذه المجتمعات مغلصة في اعتناقها للدين وممارستها لشعائره، بيد أنها قبلت الإسلام ديناً لا طريق حياة، ومن ثم لم يكن إسلامهم من وجهة النظر المحافظة سوى إسلام سطحي. ولسنا نقصد هنا ذلك الوضع الذي تتعارض فيه قواعد السلوك الاجتماعي مع أحكام القانون فيها لو حاولت المحاكم فرضه على الناس - فقد عرف المجتمع الإسلامي كغيره من المجتمعات مثل هذه الحال - بل ينصرف اهتمامنا هنا إلى تلك المجتمعات المسلمة التي كانت محاكمها الرسمية تطبق قانوناً آخر غير القانون الشرعي. فعلى سبيل المثال احتكمت شعوب البربر في الشمال الأفريقي - ولا تزال - إلى قانونها العرفي الذي تتضمن أحكامه اعترافاً قوياً بالسلطة الأبوية. فالزواج في إقليم «كابيلى» Kabylie الجزائري نوع من الشراء، حيث يدفع الزوج المهر إلى والد الزوجة، ثم إذا وقع الطلاق وهو عادة ما يكون طلاقاً باتناً⁽³⁾ فإن الزوج يحق له طلب التعويض - الذي يكون عادة في حدود القدر الذي دفعه مهراً - من والد الزوجة أو من يتزوجها بعده⁽⁴⁾. وهذا القانون البربري العرفي، بما يتضمنه من نظرة خاصة إلى المرأة حتى ليعُد إنكار حقوقها في الميراث ملمحاً من ملامحه الثابتة، هو المطبق على نصف المجتمع المسلم في المغرب تقريباً. وعلى طرف العالم الإسلامي المقابل لهذه الناحية جغرافياً يوجد قانون عرفي يختلف اختلافاً كاملاً عما هنا، المهم إلا في أمر واحد وهو اختلافها كليهما عن أحكام الفقه، وأعني بذلك القانون السائد في إقليم مينغابو Menanghabu بسومطرة⁽⁵⁾، حيث تقوم المجتمعات على الخضوع لسلطة الأم. ومن قبيل ذلك أيضاً أن الأحكام الفقهية فيها عدا الشعائر والواجبات الدينية لا تكاد تطبق على الإطلاق في إقليم يوروبا Yoruba في غرب نيجيريا⁽⁶⁾.

(3) أشار الحجري في الفكر السامي 408/4 إلى هذا الموضوع، وناقشه في رسالة مفردة، وعبارته: «ومن المسائل التي زعموا جريان العرف فيها أن الطلاق كله بائن مع أن الطلاق إذا أطلق في القرآن انصرف للرجعي، ولا يكون بائناً إلا بأسباب مهما لم تكن صار رجعياً. وفي رد ذلك رسالة فليظنوها مريدها».

أما بالنسبة للمجتمعات الإسلامية الأخرى فقد خضع العرف لأحكام الشريعة في بعض المجالات القانونية وإن استمر العمل به في بعضها الآخر، ففي شبه القارة الهندية مثلاً استمر الخوجا Khojas من الإسماعيلية والبهرة Bohra والكانشي عمن(4) Cutchi Memon - بعد تحولهم من الهندوكية إلى الإسلام - على الاحتكام للقانون الهندوكي في الميراث، سواء ترك الميت وصية توزع التركة في حدودها أو لم يترك، ومن ثم ذهبوا إلى جواز الوصية بكل التركة، خلافاً للأصل الشرعي. وفي جاوة استمر تنظيم قواعد الميراث حسب أحكام القانون العرفي الذي يعلى من سلطان الأم، وبقي خارج ولاية المحاكم الدينية المختصة عموماً بتناول مسائل القانون الأسري(5) ولم يكن إخفاق الفقه في إزالة الأعراف الثابتة خاصاً بالمناطق الإسلامية النائية وحدها، ولا بهذه الشعوب التي حدث اعتناقها للإسلام في زمن متأخر نسبياً؛ فهناك عدد من القبائل العربية في اليمن لم تترك أبداً قانونها العرفي الذي يقضي ضمن ما يقضي به بأن المرأة لا تتمتع بأي حق من حقوق التملك.

وبرغم أن استبعاد القانون العرفي للمقررات الشرعية استبعاداً جزئياً أو كلياً على النحو السابق قد أسفر أحياناً عن الفصل الحاد بين مجالات التأثير الخاصة بكل من هذين النظامين، فقد امتزجت في أحيان أخرى بعض أحكام الشريعة مع عناصر من هذا القانون ليشكلا نظاماً قانونياً مركباً منها تطبقه هيئة قضائية واحدة. وقد وقعت هذه الظاهرة بخاصة عقب انتشار الإسلام في مناطق جنوب الصحراء الأفريقية، حيث يبرز التاريخ مراحل هذا الامتزاج الذي تراوح من تطبيق المحاكم العرفية القائمة لأحكام الشريعة تطبيقاً جزئياً وغير مستقر إلى اعتراف المحاكم الشرعية بعناصر من القانون العرفي اعترافاً محدوداً.

ويقدم لنا العمل القانوني في شمال نيجيريا بعد انتصارات الفلانين(6) في أوائل

(4) ليسوا من الإسماعيلية، وهم يتسبون إلى أهل السنة.

(5) القضاء الشرعي في جاوة منحصر في الزواج والطلاق والرجعة، أما الميراث والوصية فمن اختصاص القضاء المدني المستمدة قوانينه من القوانين الأوروبية، وبخاصة الهولندية. أما في سومطرة وكليمانتون فالمراث والوصية من اختصاص القضاء الشرعي مثلاً هو الأمر في البلاد الإسلامية الأخرى. ولإندونيسيا ظروفها الخاصة، حيث ينشط التبشير مستغلاً أوضاعاً عديدة يجب على البلاد الإسلامية الالتفات إليها.

(6) من أهم الحركات الإسلامية التي ظهرت في العصر الحديث تلك الحركة التي تنسب للشيخ عثمان بن فودي. ومماثل حركته في غرب أفريقيا حركة الروهايين في الجزيرة العربية؛ فإن الشيخ =

القرن التاسع عشر بعض الأمثلة المعبرة عن تلك التنازلات التي أُلحِثت الشريعة لتتقيد بها لصالح العرف حتى أثناء المحاولة اليقظة لتطبيق الشريعة تطبيقاً شاملاً، حيث تعترف محاكم القضاة (أو الكالبي في لغة الهوسا) بحق الزوجة في الحصول على فسخ الزواج بردها إلى الزوج المهر الذي أخذته منه. ورغم أن هذا الفسخ قد يبدو شبيهاً بالفرقة المعروفة في الفقه بالخلع (وهو فراق الزوجة نظير دفعها مالا) فإنه في الواقع تطبيق الحكم العرفي الذي يميز للدولة الفرقة للزوجة إذا ردت ما أخذت. فالخلع في الفقه لا يتيح للزوجة أن تحجر الزوج عليه بإرادتها وحدها، كما هو حال هذا الفسخ، بل هو مجرد اتفاق لا بد فيه من الرضا الكامل للزوج. وكذلك كانت القواعد العرفية في تلك المناطق هي أساس قضاء المحاكم عادة بإنهاء حضانة المطلقة لأولادها الذكور عند بلوغهم عامين. فالمألوف في المذهب المالكي، الذي تلتزم «محاكم القضاة» في الأساس بتطبيقه، هو استمرار حضانة الأم الذكر إلى بلوغه. ولا ينحصر امتزاج الشريعة على هذا النحو في المناطق الأفريقية، ونعتقد أن مثلاً واحداً يكفي لتوضيح وجود هذه الظاهرة في غير هذه المناطق أيضاً. ففي جاوة Java حظي التنظيم العرفي للملكية المشتركة بين الزوجين أثناء حياتها معاً - من منطلق افتراض قيام شركة مالية بينهما - على اعتراف المحاكم، فأتاح لها ذلك أن تقضي بأحكام كثيرة⁽⁷⁾، من بينها حق المطلقة في أخذ ثلث ما أضيف لثروة الزوج أثناء زواجهما.

== بعد أن كتب له الانتصار على قوى الكفر هناك ترك لأخيه الحكم ونفّر لمقاومة البدع. ويظهر ذلك من مؤلفاته المبنية التي كتبها في هذا، من أهمها كتابه إحياء السنة وإخماد البدعة. الذي طبعه الأزهر سنة 1962 هـ، بإشارة من شيخه آنذاك المرحوم محمود شلتوت وكتب مقدمته الدكتور محمد البهي. ومنها كذلك مخطوط بعنوان: البدع الشيطانية، وهو رسالة تتضمن هجوماً على البدع السائدة في منطقة الغرب الأفريقي. وللتعرف على حركته المباركة انظر: «الإسلام في نيجيريا» للشيخ عبد الله الأوربي ط بيروت، «وإنفاق الميسور في تاريخ بلاد التكرور» تأليف محمد بلوط. القاهرة 1964 م «والثقافة العربية في نيجيريا» للدكتور علي أبو بكر ط. بيروت 1972.

(7) يتضمن قانون الزواج الأندونيسي الصادر بتاريخ 2 من يناير سنة 1945 هذه القاعدة، فقد نصت المادة (35) من هذا القانون على ما يلي: «تصبح الأموال المكتسبة مدة الزواج ملكاً مشتركاً بين الزوجين» وأن «الأموال المكتسبة من قبل أحد الزوجين كالمدايا والمواثيق تبقى ملكاً خاصاً له طالما لم يتفق الطرفان على غير ذلك».

وتوضح المادة (36) أسلوب التصرف في الأشياء المملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين، وترى وجوب موافقتها معاً على أي تصرف يجري أحدهما في هذه الأشياء. وإذا كان المرء أن يعنى بأي شيء هنا فيكون القول بأن مثل

ولننتقل الآن إلى موضوع المعاملات المدنية، حيث كانت آراء الفقهاء التقليديين ذات طابع مثالي إلى حد كبير؛ فقد غمت لديهم قاعدتنا التحريم للربا والغرر بدقة منهجية بالغة منعت أي شكل للمخاطرة قد يخفف بالتعاقدات، وأنتجت معايير غير واقعية تماماً بالنظر إلى الاحتياجات العملية للمعاملات التجارية. ومن ثم كان الصراع بين الأحكام الفقهية واحتياجات المجتمع في هذا الصدد حاداً بدرجة كبيرة؛ وقد عانى منه المجتمع العربي في صدر الإسلام كما عانى منه الذين أسلموا بعد ذلك، مما أدى في النهاية إلى وجود وضع يختلف تماماً عما حدث في مجال القانون الأسري. ففي هذا المجال الأخير بدت التنازلات التي قدمها الفقه لصالح العرف المحلي دوماً بمظهر الانحرافات عن القانون الصحيح ولو نظرياً، كما بقيت النصوص الفقهية على حالها دون تغيير، مقررّة الحكم الشرعي الذي يمثل مستوى أرفع من التطبيق القانوني المنحرف، بحيث يتفصل كل منها عن الآخر تماماً، حتى في الحالات التي امتزج فيها العرف بالقانون الذي تطبقه المحاكم. أما في مجال المعاملات المدنية فقد اختلط الفقه بالعمل القانوني، ليعدل الأول من مبادئه بما يمكنه من تلبية الاحتياجات الاقتصادية. ويتضح ذلك من الدراسة المختصرة لثلاثة أساليب أساسية تميز التطور القانوني في هذا الصدد:

أولها إيجاد نظام الحيل الذي تستغل فيه حرفية التشريع القائم بقصد تطويره لتحقيق أهداف قد تخالف روح أحكام هذا التشريع مخالفة أساسية. ومن ثم أمكن إعمال القرض بفائدة على نحو يتيح للمحكمة الشرعية إضفاء الالتزامات التعاقدية الناشئة من هذا التصرف على الرغم من حرمة الربا. وقد تحقق إجراء ذلك بحيلة سيرة تتمثل في عقد بيعتين في بيعة. وصورته أن يشتري زيد (وهو المقرض) من عمرو (وهو المقرض) سلعة بشمن يتفقان عليه (عشراً مثلاً) يدفعها المقرض حالاً، ثم يعود عمرو فيشتري السلعة نفسها من زيد بخمس عشرة. وتمثل الزيادة في ثمن السلعة نسبة الفائدة المتفق عليها فيما بينهما) يدفعها مؤجلة إلى وقت معين⁽⁸⁾. كذلك يستطيع الحنفي

= هذه الأحكام إنما ترجع إلى الظروف القائمة في إندونيسيا والتي لا تعمل على تغليب مثل هذه القواعد العرفية الساذجة، بل هدفها الأساسي هو الانتفاص من الشريعة وصرف المجتمع عن تطبيقها.

(8) هذا من وحيح العينة، وهو عند المؤلف من الأمثلة التي يضربها لتأثير الفقه بالعامة في التعامل. فإذا تصفحنا بعض الكتب الفقهية لسنجد اتفاق الفقهاء على الحكم بإبطال صوره التي يتحقق فيها الربا، وهو في الصورة التي أشار إليها المؤلف قائم. ولذلك رأى الأحناف بطلان البيع الثاني لأنه =

إذا أراد بيع أرضه أن يتغلب على حق جاره في الشفعة، وأن يفسد احتمال قيام هذا الجار بطرد الأجنبي الراغب في شراء هذه الأرض، وذلك بأن يملك البائع هذا الأجنبي - على سبيل الهبة - شريطاً من أرضه ممتداً بحدود هذا الجار، ولو بعرض بوصة واحدة. ومن شأن تلك الهبة أن تقوض أساس حق الجار في الشفعة، فإنها لا تستحق عند الاختلاف فيها يؤخذ بطريق الهبة لا البيع⁽⁹⁾. وأخيراً فإن من شأن الإقرار بالدين أن يكون كافياً بنفسه في الغالب لإنشاء التزام نافذ، مهما كانت طبيعة التعامل الذي أنشأ هذا الدين ومدى مخالفته للأحكام الشرعية؛ فقد رأى الفقه أن الدين المقر به على نحو صحيح ملزم بدون النظر في أصله وظروف منشئه، وهو نافذ لا يوقف الحكم بالفناء به إلا إثبات عدم صدوره أو عدم مشروعيته إن تمكن المدعون من ذلك. ومثل هذا الإثبات السليبي عسير بأي مقياس بل يكاد يكون مستحيلاً حقيقة في ظل تشدد قواعد الإثبات الشرعية وضيقها⁽¹⁰⁾.

= هو الذي يحقق الربا. [فتح القدير 207/5]. ورأى الشافعي أنه إذا ظهر قصد المتبايعين إلى الربا - حكم بطلانه (الأم: 332/2)، كما في هذه الصورة. أما المالكية فقد استندوا إلى قاعدة الذرائع، ورأوا أنه يؤدي إلى الربا المحرم فيحرم ما يؤدي إليه كذلك. انظر: الموافقات: 198/4، وبداية المجتهد 1162 ط. لأهور. ولا يخرج مذهب الحنابلة هنا عن مذهب المالكية [راجع ما كتبه ابن القيم في إعلام الموقعين في مبحث الخيل]. وتظهر هذه الإشارات بوضوح أن الفقهاء متفقون على إسقاط هذا التعامل وأنهم لم يضغطوا إلى تصحيح هذا التصرف الذي ربما جرى عليه عمل بعض الناس أحياناً، لكن جريان العمل بالمحرم لا يحيله إلى حلال كما هو معروف انظر هذا الموضوع أيضاً في نيل الأوطار: 207/5.

(9) مذهب الاختلاف أنه «إذا باع داراً إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفع فلا شفعة له، لا تقطاع الجوار، وهذه حيلة، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه، لما بيناه. الهداية 39/4.

(10) لم يوضح المؤلف صلة الإقرار بالخيل. ولعله يعتمد هنا على ما قرره «شاخت» بقوله: «يلعب الإقرار دوراً هاماً للغاية في إنشاء أنواع عديدة من الخيل، إذ أنه يثبت الدين في اللغة بأصل صدوره، فتناسب ذلك الاعتماد عليه بخاصة في التحايل لتحقيق ما أراد المقر تحقيقه». انظر An Introduction to Islamic Law, P.78 وتكاد تنحصر أهم صور هذا النوع من الإقرار في إقرار المريض مرض الموت بدين لوارث، أو في إقرار الفلّس؛ فإن الصحيح المוסر ليس في حاجة إلى التحايل لإنشاء التزام في ذمته. ويتضح هذا بالنظر إلى مذهب الاختلاف خاصة، فإنهم لا يميزون إقرار المريض مرض الموت لوارث وإن أجازوه للأجنبي [الهداية: 190/3 والزيلعي: 26/5]. وهذا هو الذي أتاح ظهور بعض الخيل المعتمدة على الإقرار، فإن المريض إذا أراد مثلاً قضاء دين لوارث من ورثته فإنه لا يستطيع ذلك بطريق الإقرار له مباشرة طبقاً لمذهب الاختلاف. وكان من الطبيعي أن يفكروا في حيلة لأداء واجبات حقيقية نشأت في ذمة المريض من قبل، ومنع مذهبهم من أدائها =

ويغلب استخدام مصطلح «Legal Fictions»⁽¹¹⁾ في اللغة الانجليزية [بمعنى الفروض القانونية] للتعبير عن الحيل في الفقه الإسلامي، وإن كانت أوجه شبهها بما يعبر عنه هذا المصطلح في تاريخ القانون الانجليزي ضئيلة للغاية. فحينما افترضت المحاكم الانجليزية شخصاً متوها أطلقت عليه اسم ريتشارد Roe قام بطرد شخص متوهم - أيضاً - أسمته «جون دو John Doe من أرض هي موضوع النزاع بين طرفين يدعي كل منها ملكيتها فإنما كان هذا الافتراض مجرد إجراء اعتباري شكلي أناح لهذه المحاكم النظر في القضية المعروضة أمامها بشأن هذه الأرض. أما في الحيل الفقهيّة فقد كان التصرف أو التعامل الذي غمى إلى علم المحكمة من النوع الواقعي لا الافتراضي. كما لم يكن الهدف منه تيسير أعمال القانون بل منع أحكامه الحقيقية من

= على نحو مباشر. ففكروا في إمكان أن يأتي الوارث بأجنبي يثق به ليقر بأنه كان مديناً للوارث، وأنه أدى الدين إلى المريض، بناء على توكيل من الوارث في أخذه. فإذا أقر المريض بأنه قبض الدين من الأجنبي نشأ من ذلك حقان: الأول حق الوارث في الرجوع على الأجنبي، والآخر حق الأجنبي في الرجوع على الورثة لأخذ مقدار الدين. فهذه حيلة يستطيع بها المريض الوفاء بما عليه من دين - حقيقي - لسوارثه [المخارج والحيل للخصاص ص 101]. ولا حاجة في المذهب الشافعي إلى مثل هذه الحيلة، لأن إقرار المريض نافذ متى صدر صحيحاً، سواء كان هذا الإقرار لوارث أو لأجنبي، مستدلين بأن المريض على شفا الموت يستبعد أن يكذب، ولو كان قبل ذلك كذاباً. [كشف القناع: 92/4]. ولن نجهدي هذه الحيلة في المذهب المالكي شيئاً إذا رأت المحكمة أنه أراد بإقراره الإضرار بالورثة. [بداية المجتهد: 35/2]. أما المفلس فلا غائلة من إقراره مطلقاً إذا أدى إلى الإضرار بالفرعاء.

وبعكذا يبدو لي أن الإقرار للنشئ لظهور بعض الحيل خاص بالمذهب الحنفي، نتيجة لرأيهم بالتفريق بين الإقرار للوارث والأجنبي، وأن الحيل المبنية على الإقرار قد تفيد في أداء بعض الواجبات التي لا يمكن أدائها بغير ذلك. وفي النهاية لا تبدو الحيل التي يثيرها الإقرار كثيرة ومتنوعة، بل ستكون محدودة للغاية.

(11) هذه مجرد فروض أو أخيلة تقبلها المحكمة وأطراف النزاع، بحيث لا يمتح لأحد أن يشكك فيها مع أنها لا وجود لها في الواقع. ورغم ما تطوي عليه من مجازاة للواقع على هذا النحو فإن القانون الإنجليزي قد أفاد منها في تطوره فائدة كبيرة. ويتضح ذلك في أن المحاكم الملكية كانت إذا أرادت أن تدخل في اختصاصها قضية من القضايا التي كانت من اختصاص المحاكم الاقطاعية أو الكنسية في العادة فإنها كانت تفترض ارتكاب المدعى لجريمة تسم الملك. وبكثرتها هذا الافتراض من نظر القضية. وبهذا الطريق توسعت المحاكم الملكية في تطبيق القانون العربي وقضت على سلطة المحاكم الاقطاعية والكنسية التي كانت تمثل عقبة حقيقية في تطور القانون الانجليزي. وبكثرتها يدين هذا القانون لتلك الفروض الساذجة بالشيء الكثير.

التطبيق. والمألوف أن تظهر الحيل في تطور النظم القانونية قبل نضجها، وهي في الغالب علة عارضة تزول بسرعة كبثور المراهقة. غير أن في الأمر ما يوحي هنا بكونها علامة مرض أكثر خطورة، ويتضح ذلك في قبول الفقهاء المسلمين تلك التوضيحات الهزيلة المتمثلة في هذه الحيل، وفي إقرارهم تصرفات هي في جوهرها غير شرعية طبقاً للمعايير الدينية التي اعترفوا بها مرشداً وهادياً⁽¹²⁾. وربما بدا هذا خيانة للأمانة المؤسسة إليهم؛ فإن أي تعلل بمتابعة حرفية الأحكام الفقهية لن يبعد كثيراً عن كونه نفاقاً

(12) لتوضيح حكم التحايل في مذاهب الفقهاء يلزم أن أجمل آراءهم في علاقة الأفعال بمآلاتها، من حيث موافقة قصد الفاعل مقاصد الشرع أو مخالفتها لها. وتقتضي القسمة العقلية انحصار ذلك في أربعة أقسام رئيسية:

أولها: أن يكون الفعل في ذاته جائزاً وقصد الفاعل موافقاً لقصد الشارع. ولا خلاف في اعتبار المكلف منتزلاً للأمر الشرعي بذلك، فقد قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الشارع.

وثانيها: أن يكون الفعل في ذاته جائزاً وقصد فاعله معارضاً لقصد الشارع. وهذا هو التحايل، فالشاطبي يعرف الحيل بأنها: تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع، كالأهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً. فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدة، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية. الموافقات: 201/4.

ولا خلاف بين الفقهاء على المنع من التحيل بهذا المعنى وأن فاعل ذلك آثم فيما بينه وبين الله عز وجل. وفي هذه الحدود يشترك فقهاء المذاهب جميعاً في النظر إلى مآلات الأفعال ومقاصد الشريعة، غير أن المالكية قد حكموا ببطلان الفعل الذي قصد به فاعله قصداً غير مشروع إذا قامت الدلائل على هذا القصد، أما الأحناف والشافعية فلم يحكموا ببطلان مثل هذا الفعل إلا إذا عبر المتعاقدان عن قصدهما هذا.

وثالثها: ألا يكون الفعل جائزاً وإن كان مخففاً لقصد من مقاصد الشرع. والخلاف في ذلك بين الفقهاء طبقاً لما ذكره الشاطبي الموافقات: 345/2، فقد ذهب فريق منهم إلى تغليب جانب القصد، وحكموا لذلك بتصحيح المعاملات ومآل فريق إلى تغليب جانب الفعل فذهبوا إلى فساد التصرفات الواردة في هذا القسم مطلقاً، وتوسط فريق آخر - يبدو أنه معهم - فأعملوا الطرفين على الجملة، لكن على أن يعمل مقتضى القصد في وجهه. ويعمل مقتضى الفعل في وجه آخر. وعلى ذلك لو تزوجت امرأة المفقود ثم قدم كان أحق بها قبل دخولها وكان الثاني أحق بها إذا تم الدخول، طبقاً لما رجحه الشاطبي. غير أن الحنابلة يدرجون هذا التصرف في باب التحايل، ويعتبرونه منه، التفاتاً إلى حكم الفعل في ذاته. فإذا كان لأحد الناس حق على آخر، ولا بينة تثبت هذا الحق، وأقام شاهدي زور يشهدان له به ولا علم لها بذلك كان آثماً على الوسيلة ٥١٠-

مفضوحاً. وفي أحسن تقدير فإنه يصح اعتبار الحيل تنازلات اضطر إليها الفقهاء الذين كانوا مقيدين بقانون متشدد ثابت، فأروا فيها الأسلوب الوحيد الذي يستطيع الفقه عن طريقه استبقاء نوع من السيطرة على الواقع العملي⁽¹³⁾.

بيد أن التشريع الإسلامي لم يجمع على قبول مشروعية الحيل؛ فكان بوسع الأحناف الحكم بقبولها، ولعل ذلك راجع إلى تلك الشكلية التي تمثل سمة من السمات المميزة لمذهبهم⁽¹⁴⁾. وقد كانت أهم المؤلفات المؤيدة للحيل من عمل الفقهاء الأحناف⁽¹⁵⁾. كذلك اعترف بعض متأخري الشافعية بها، مختلفين في هذا مع إمام المذهب اختلافاً جذرياً. أما المذهب المالكي فقد رفضها متسقاً في هذا مع اهتمامه بالمقصد الحقيقي للأفعال الظاهرة؛ بل ذهب المالكية إلى ما هو أبعد من ذلك بكثير، فصاغوا أصلهم المعروف بسد الذرائع⁽¹⁶⁾، والقصد منه على وجه التحديد هو منع

= المقصود، طبقاً لما ذكره ابن القيم، مستنداً بقوله (ص): «وإذا أمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانتك». إعلام الموقعين 3/333.

ورابعها: أن يكون الفعل محرماً والمقصود محرماً، وليس هذا من باب الحيل، وإن كان طرفاه محررين.

(13) من التعليقات السابق يتضح أن أئمة الفقه لم يتكء أحد منهم على الحيل لمعارضة مقاصد الشرع، بل شدد بعضهم في اشتراط مشروعية السبب والقصد معاً. وقد عقد ابن القيم فصلاً في إعلام الموقعين (281/3) بعنوان: الأئمة منزهون عن إحداث الحيل، ذكر فيه أن المتأخرين أحدثوا حيلاً لم يصح القول بها عن أحد من الأئمة، ونسبوا إلى الأئمة، وهم مخطئون في نسبتها إليهم.

(14) مثل كتاب الحصاص وما تضمنته البسوط للسرخسي من ذلك: 209/30 أما الحيل التي قبلها أئمة المذهب الحنفي وقهاؤه المتقدمون فقد درسها المرحوم أبو زهرة وانتهى إلى أن هذا الذي قبلوه منها لم يكن من النوع الذي يهدف إلى هدم مقاصد الشريعة، بل إلى العمل على تسير هذه المقاصد وتحقيقها. يقول: «وقد رأيت فيما سقنا من أمثلة كيف كان أبو حنيفة ومن تبعه يتحررون أن يكونوا في حيلهم مهملين لمقاصد الشرع لا أن يكونوا عاربين، وتسهيل الأحكام الشرعية بما يتفق مع أغراض الإسلام، لأنه يسر لا عسر فيه» كتابه: أبو حنيفة ص 431، ولا ينبغي ذلك أن بعض المتأخرين من أشباه الفقهاء قد خرجوا على أصول أئمتهم تحريجات خاطئة تقضي بجواز بعض الحيل للمعومة التي تعارض مقاصد الشرع وتناقض أهدافه. وقد قام الفقهاء الآخرون الواعون بواجبهم بالرد عليهم وتنفيذ آرائهم، فلم يكن يصح للمؤلف اعتبار مثل هذه الآراء ظاهرة عامة في الفقه، إلى الحد الذي يعد القول بالحيل منهجاً اعتمد عليه التطور الفقهي.

(15) يعرفها الشاطبي في الموافقات 199/4 بأنها في حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة. وليس القول بقاعدة الذرائع مما انفرد به المالكية؛ فقد اعتبرها الحنابلة، وأولاه ابن القيم عناية لا نجدها عند غيره، انظر: إعلام الموقعين 125/3 وما بعدها. ويأخذ الشافعي بقاعدة سد الذرائع =

استخدام النرائع الشرعية لتحقيق مقاصد غير شرعية. أما الحنابلة فكانوا أشد من غيرهم معاداة للحيل، وهذا هو المتوقع من تناولهم الأخلاقي الواضح للمسائل الفقهية، وقد فاض براع العالم الحنبلي «ابن تيمية» بدراسة طويلة في ذم الحيل وتحريم العمل بها⁽¹⁶⁾.

والمنهج الثاني الذي تلازم به الفقه مع الضغط الاقتصادي هو إنشاء أحكام جديدة تحل محل الأحكام الفقهية التي جرى العمل بها. وقد كان بعض هذه الأحكام الجديدة ذا طابع ثانوي ونتيجة حتمية لتغير ظروف المجتمع. فمثلاً: كانت الحجرات المختلفة للدار مشيدة في الزمن الباكر على نسق لا يتغير من واحدة إلى أخرى. ولذا كانت معاينة المشتري لحجرة واحدة تغني عن معاينة جميع الحجرات فيما رآه الفقه آنذاك، ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يطلب بعد ذلك - إذا لم تطب نفسه بهذه الدار - فسح البيع على أساس أنه لم يعاين كل حجراتها. بيد أن الحكم قد تغير حينما تبني للمعمار طرازاً أكثر تنوعاً وأقل تكراراً، لتصبح رؤية كل حجرة في الدار هي التي تتحقق بها الرؤية الكاملة لهذه الدار⁽¹⁷⁾. أما البعض الآخر من هذه الأحكام فلا يقل بحال من الأحوال عن كونه إنشاء لأوضاع قانونية جديدة لم تكن معروفة. ويرغم أن

= طبقاً لما انتهى إليه الدكتور حسين حامد حسان في كتابه أصول الفقه ص 400، مستنداً على ذلك عبارة صريحة للإمام الشافعي في الأم 272/3.

(16) لعل المؤلف يشير إلى كتاب ابن تيمية «إقامة الدليل على إبطال التحليل» المطبوع ضمن المجلد الثالث من كتابه «الفتاوى الكبرى». مطبعة كردستان العلمية. القاهرة. سنة 1328 هـ. ويقع كتاب إقامة الدليل في حوالي مائتي صفحة. وقد استند إليه ابن القيم في نقاشه لمسألة الحيل على نحو مفصل في كتابه إعلام الموقعين: 159/3 وما بعدها.

(17) لعل المؤلف قد اعتمد في هذا المثال على مقدمة المجلة، حيث جاء فيها أنه «تبدل الأعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف. مثلاً كان عند المتقدمين من الفقهاء إذا أراد أحد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها، وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدة». وأن هذا الاختلاف ليس مستنداً إلى دليل، بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء. وذلك أن العادة قديماً في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد، فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغني عن رؤية سائرها وأما في هذا العصر فحيث جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والقدر لزم عند البيع رؤية كل منها على أفراد. وفي الحقيقة فاللازم في هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري. ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية، وإنما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمن».

هدف هذا النوع من الأحكام هو تصحيح تصرفات لم يميزها الفقه قبلاً فإنه لا يمكن اعتبارها من قبيل الخيل بأي حال من الأحوال، إذا إنها تتضمن تعديلات صريحة ومباشرة للأحكام الفقهية السابقة، ولم تكن سترًا لنشاط غير مشروع خلف واجهة الالتزام بحرفية الأحكام الفقهية القائمة.

ومن الأمثلة على ذلك أن الفقه القديم قد تشدد في ضرورة نقل ملكية المبيع نقلاً مطلقاً غير مشروط، على حين أجاز المتأخرون نوعاً من البيع يشترط فيه البائع الحق في استرداد المبيع حين يقوم برد الثمن إلى المشتري. مما يعرف ببيع الوفاء⁽¹⁸⁾. وقد يلبي هذا النوع من التعاقد العديد من الاحتياجات؛ فيمكن أن يكون أساساً لما هو في الواقع إجارة طويلة الأمد لأنواع معينة من الأرض الزراعية (خلافًا للمدد المحدودة في الفقه التقليدي) بما يتيح للمشتري أن يتمكن من دفع ثمنها منجأً. وقد يعين هذا البيع على إنشاء رهن بفائدة، حيث يحتفظ البائع بحيازة العين المبيعة قبل استردادها، ويدفع أجرة انتفاعها بها إلى المشتري في مقابل ذلك. وهناك وضع آخر نشأ من تشدد الفقه القديم في عدم جواز التصرف في أعيان العقارات الموقوفة وما قد يحجره

(18) صورته - كما ذكر ابن عابدين في حاشيته - أن يقول البائع للمشتري: بعث منك هذا العين بمالك على من الدين على أن متى قضيت فهو لي، ومنه أن يقول بعث منك على أن تبينه مني متى جئت بالثمن. وقد اختلف في حكمه، فأكثر العلماء - طبقاً لما ذكره ابن عابدين - أنه رهن في حقيقته، يترتب عليه ما يترتب على الرهن، فلا يفيد للملك، ولا يستفاد به إلا بإذن مالكة، ويسقط الدين بهلاكه، ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده، وبعض الفقهاء على أنه بيع. وهؤلاء انقسموا إلى فريقين بعد أن أثبتوا له حقيقة البيع، ففريق منهم رآه بيعاً فاسداً، يترتب عليه حق الفسخ للطرفين، وإن أفاد مع ذلك حل الانتفاع بالمبيع، ورآه الفريق الآخر بيعاً صحيحاً، يترتب عليه أحكام البيع المختلفة، إلا أن المشتري لا يملك بيعه، وهذا ما رجحه الزيلعي وبعض آخر من الفقهاء. ووجه تسميته ببيع الوفاء أن فيه عهداً من المشتري برد المبيع حين رد الثمن، ويسميه بعض الفقهاء البيع الجائز، ولعله جاء من حيث اعتباره صحيحاً عند البعض كحيلة للتخلص من الربا، ويسميه بعضهم بيع المعاملة، وسمي بمصر بيع الأمانة وفي الشام بيع الإطاعة، انظر: حاشية ابن عابدين: 274/4. والحارثي والخطاب 373/4، وبداية المجتهد 133/2 والشرح الكبير على المتن 55/4-58، وفتاوى ابن تيمية 336/3، 337، ومصادر الحق للسهروري 157/3، ومرشد الجيران مادة 548 - والمجلة مادة 118.

أما أن بيع الوفاء مفيد في الإجارة لمدة طويلة فلا أحسب أن القواعد الفقهية تقصر صحة الإجارة على المدد القصيرة. ففي الموطأ أن عبد الرحمن بن عوف تَكَارَى أرضاً فلم تزل في يديه بكرة حتى مات، قال ابنه فيا كنت أراها إلا لنا من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فلمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها، ذهب أو ورق. الموطأ 192/2.

من صعوبات، خاصة حين لا تتاح الموارد المطلوبة لصيانتها واستغلالها على نحو مناسب، فواجه الفقه في المغرب هذا الموقف بإجازة «بيع الهواء» فوق سطح العقار الموقوف المطلوب له المال. فمن الناحية النظرية لم يملك هذا المشتري - ولا من يحل محله - العقار نفسه، وإن استطاع من الناحية العملية الانتفاع به وصيانتها، مما من شأنه أن يحفظ المصالح المتعددة المنوطة بهذا العقار. وقد اعتمد على هذه الفكرة ذاتها في تخفيف حدة الحكم القاضي بأنه لا يصح للأولياء بيع أعيان عقارات المولى عليهم⁽¹⁹⁾.

لقد كان تطوير الفقه في هذه الحدود من عمل المفتين أساساً، وهم أولئك الفقهاء الذين كانوا يصدرن الفتاوى في القضايا التي يثيرها الواقع العملي. وتعتقد هذه الفتاوى الصلة الدقيقة بين الآراء العلمية ذات الطابع النظري البحث وبين ما تثيره الحياة العملية، فتعدلت أحكام الفقه عن طريق هذه الفتاوى كي تستجيب بالتدريج للاحتياجات المتجددة للمجتمع المسلم. غير أن هؤلاء المفتين - برغم ما قد تنطوي عليه التعديلات التي قدموها من أهمية بالغة - قد اعتبروا أنفسهم ملزمين بالأحكام الفقهية الثابتة، وصرحوا بأنهم لا يتجاوزونها إلا في حدود ما تقضي به الضرورة. ويتحتم أن نفسر في ضوء ذلك تلك العبارات التي تناقض - فيها يبدو - نظرية التقليد مناقضة تامة، كعبارة القرافي - الفقيه المالكي المصري والمفتي في القرن الرابع عشر [الثامن الهجري] - التي يقول فيها: «جميع أبواب الفقه محمولة على

(19) أول الفقهاء عناية فائقة لتحديد القواعد التي تحكم الصرف على الوقف لعمارة واستغلاله.

ويمكن تلخيص هذه القواعد طبقاً لما جاء في المداية وفتح القدير على النحو التالي:

- (أ) وجوب البدء بالصرف على عمارة الوقف والعناية به من غلته
 - (ب) إن لم تكن له غلة وجبت على المنتفع به إن كان هذا المنتفع معيناً.
 - (ج) إن رفض المنتفع ذلك أجر الحاكم العين الموقوفة مدة تكفي أجرتها لعمارة الوقف.
 - (د) يصح للقاضي الاستدانة على الوقف للصرف على عمارته.
 - (هـ) فإن لم يكن أي من ذلك كافياً أو متاحاً للصرف على العين الموقوفة صبح بيع الوقف وشراء ما يحل محله بثمنه في رأي محمد بن الحسن، إذا رأى أنه إذا ضمنت الأرض الموقوفة ووجد القيم بثمنها أرضاً أخرى أصلح منها باعها القيم واشترى بثمنها هذه الأرض الأخرى.
 - (و) وقد ذكر الفقهاء كذلك في حالة عدم وجود موارد للصرف على الوقف جواز إعادته إلى الواقف أو لورثته أو لبيت المال.
- ومن ثم لم يكن الفقه في المغرب بحاجة إلى ابتكارات جديدة لحل مشكلة لم يكن لها وجود من قبل. وعموماً فإن المالكية يرون جواز بيع الهواء فوق المبنى بالفعل أو ما سوف يبني، كان ويقول شخص لصاحب أرض يعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك». حاشية الدررقي 14/3 ومواهب الجليل للحطاب 275/4.

العوائد، فإذا تغيرت العوائد تغيرت الأحكام في⁽²⁰⁾ تلك الأبواب⁽²¹⁾». ولم تنحصر الفتاوى في المسائل المدنية بطبيعة الحال، بل اتسعت لتشمل المجالات الفقهية الأخرى. ثم حظيت المؤلفات الجامعة لها بالحاجة من حيث كونها مراجع فقهية تلتحق بالصادر الأصلية. ولعل أشهر هذه المؤلفات الجامعة للفتاوى وأكثرها استيعاباً كتاب: «الفتاوى المالكية» الذي وضع في القرن السابع عشر [الحادي عشر الهجري] في الهند⁽²²⁾.

أما الوجه الثالث والأخير من أوجه التطور التشريعي فيتمثل فيما كان يبادر إليه القضاة من أحكام. ويختلف عن منهجي التطور السابقين من حيث كونها اجتهادات فقهية أساساً. وفيما يتصل بتلك المنطقة المعروفة جغرافياً بالشمال الغربي الأفريقي، والتي يعرفها العرب باسم جزيرة المغرب، فلقد كان هذا الوجه هو الأسلوب الذي صارت بفضل بعض المعاملات العرفية جزءاً من الأحكام الفقهية التي تطبقها المحاكم الشرعية المالكية هناك⁽²³⁾.

ويتضح من التحديد التقليدي لمصادر التشريع - الذي وصفناه سلفاً - أن العرف في حد ذاته لا يتضمن إيجاب العمل بمقرراته في النظر الأصولي الإسلامي. وإنما يعمل العرف (الذي يعني بحسب الظاهر ما هو متعارف عليه في أمر من الأمور، ويقابل مصطلح Custom ببعض التوسع)⁽²⁴⁾ باعتباره أصلاً تبعياً⁽²⁵⁾. فالأصل في

(20) الفروق للقرافي 186/1، وقد توفي هذا الفقيه عام 684 هـ - 1285 أي أنه عاش في القرن السابع الهجري والثالث عشر الميلادي، خلافاً لما ذكره المؤلف.

(21) نسبة إلى السلطان عماد بهادر الكبير آخر سلاطين المسلمين العظام في شبه القارة الهندية؛ فقد روي أنه كان يأكل من عمل يده، وأنه ظل يجاهد عشرين سنة، وهو مدفون في مدينة لاهور إلى جوار المسجد الذي بناه هذا السلطان والذي يعد من أفخم وأكبر المساجد في العالم. وقد أمر هذا السلطان بأن يلتقي مجموعة من علماء الهند - حسبما جاء في مقدمة الفتاوى المالكية - المشهود لهم بالثبوت في الفقه وعلوم الشرع الأخرى وليؤلفوا كتاباً جامعاً لظاهر الروايات في المذهب الحنفي، التي اتفق عليها، وأبقى بها العلماء، ويجمعوا فيه من النوادر وما تلقاها العلماء بالقبول. ولا يعد هذا الكتاب تجميعاً لفتاوى العلماء - خلافاً لما ذكره المؤلف - وإن كان يعد تسجيلاً للآراء المتعمدة في المذهب الحنفي، المتلفة بالقبول والتي يصح للمفتي الاستناد عليها في فتواه. وأغلب الظن أن المؤلف اكتفى في ملاحظته هذه بفهم عنوان هذا الكتاب.

(22) إذ يتضمن العرف جانبين: أحدهما قولي والآخر عملي، عل حين ينحصر مدلول كلمة Custom في العرف العملي.

(23) تدل التبريد المتعلقة بإعمال العرف على أنه لا يعمل إلا بشرطين: أحدهما ألا يعارض نصاً.

عقد البيع أن يتم عن طريق التلفظ بالإيجاب والقبول. غير أن أكثر الفقهاء قد صرحوا في البيع هذا الشكل العرفي المسمى بالمعاطاة، حيث لا يكون هناك إلا إعلان من جانب واحد فقط، يعقبه فعل يدل على رضا الطرف الآخر⁽²⁴⁾. وفي ذلك يذكر مالك نفسه: «صححة البيع بما يراه الناس بيعاً». ولتأخذ مثلاً آخر من مجال فقه الأسرة؛ فالعمول به في كثير من البلاد هو تقسيم المهر المستحق للزوجة بعقد الزواج إلى قسمين، يدفع أحدهما معجلاً بعد العقد، ويؤجل الآخر عادة حتى انقضاء الزواج. أما إذا لم يتفق في العقد على تسمية نسبة كل من المعجل والمؤجل في المهر فإن تحديد مقدار كل منهما سيتقرر عادة حسب المعروف في البيئة، تفرعاً على القاعدة التشريعية التي تقرر أن المعروف عرفاً كالشروط⁽²⁵⁾ شرطاً.

كذلك أكدت المؤلفات في الفقه المالكي - فضلاً عن إقرارها لعمل العرف في الحدود السابقة - مفهوم «المصلحة» و«إباحة الضرورات للمحظورات» تأكيداً ملحوظاً. ويرغم أن الباحث المتشدد سوف يذهب إلى القول بأن دائرة عمل هذين المبدأين محدودة تماماً بحدود الأحكام الفقهية المسطورة في بطون الكتب فقد أدى إعمالها إلى إحداث أثر لا ينكر، يتمثل في اتخاذ القضاء موقفاً متساهلاً ومتسامحاً تجاه المعاملات العرفية. لقد كان القضاء يواجهون كثيراً من القضايا المتصلة بتلك المعاملات التي تخالف أحكام الفقه وتخرج عن حدوده الضيقة، وربما حكم بعضهم بصحتها، نظراً لحاجة الناس إليها، وقد يستحسن آخرون حكمه فيتابعونه فيه، وسرعان ما يستقر القضاء على هذا الحكم الجديد. ولم تكن المحاكم في أحكامها هذه

= شرعياً، والأخر أن يستند إلى مصلحة حاجية عامة، حيث تنزل المصلحة الحاجية بعمومها منزلة المصالح الضرورية (انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص 90 وما بعدها، والقواعد الفقهية لابن نجيم ص 93 وما بعدها). وبذا فإن العرف لا يعد أصلاً مستقلاً؛ فأساس عمله المصلحة.

(24) ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر ص 90 ضمن أمثلة إعمال العرف وينص على أن رجوع المعاطاة إلى العرف هو اختيار الإمام النووي. ولا تنحصر للمعاطاة في الصورة التي أشار إليها المؤلف بل تتصور كذلك في فعلين يصدران عن البائع والمشتري ويدلان على رضا كل منهما بالمبيع. بل تنصرف للمعاطاة إلى هذا المعنى الذي ذكرناه عند أكثر الفقهاء؛ ففي حاشية ابن عابدين (774) أنه إذا قال البائع للمشتري «بعته بك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولا، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب، بل قبض بعد معرفة الثمن فقط، ففي جعل الأخيرة (الصورة المنطوق فيها بالإيجاب) من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظراً.

(25) نصت المادة 43 من مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة.

تلتزم بمضمون العرف في حد ذاته، بل كانت تقبل المعاملات الناتجة عنه على أساس ما تقضي به الضرورة العامة⁽²⁶⁾.

ولعل أكثر الأمثلة توضيحاً لهذا الأسلوب هو ما يستخلص من عقد المزارعة المسمى بالخمس⁽²⁶⁾؛ ففيه يأخذ الزارع حصته المتمثلة في أربعة أخماس الناتج من الأرض التي يزرعها ليستحق صاحب الأرض الخمس الباقي أجرة لأرضه. ويعارض هذا النوع من الاستزراع مبدأين أساسيين في التفكير الفقهي المتشدد، وهما وجوب ألا تكون الأجرة بمواد الطعام وأن تكون قيمتها المتفق عليها معلومة ومحددة. غير أن هذا العقد كان قد كثر وجوده في الشمال الأفريقي الغربي، وكان في الواقع ضرورة اقتصادية لهذا المجتمع الذي قلت فيه رؤوس الأموال السائلة، لذا اعترفت به المحاكم الشرعية في هذه المنطقة دوماً تحفظ منذ العصور الوسطى.

ولمعرفة أهمية العمل التشريعي المغربي والمنزلة التي تحتلها هذه الظاهرة في التطور التاريخي للتشريع الإسلامي عموماً فإن من الضروري أن ندرس - ولو على وجه الإجمال - العلاقة بين النظر والتطبيق وكذلك بين الفقهاء والقضاة، تلك التي شكلتها طبيعة الفقه نفسه.

لقد اتسع مجال الاختلاف في الرأي الفقهي حتى بين فقهاء المذهب الواحد. ثم قام النظر الفقهي في كل تصنيف الآراء المختلفة من حيث مستنداتها وما لقيته من تأييد بين علماء المذهب ومثليه إلى: مشهورة وراجحة وضعيفة. وقد مال عمل المحاكم الشرعية أحياناً إلى الاطوار في تطبيق رأي واحد من بين الآراء العديدة التي يمكن

(26) أشار الحجوي في «الفكر السامي» المجلد الثاني ص 503، 504 إلى إفتاء بعض فقهاء المغرب بجواز عقد المزارعة المتفق فيه على تخصيص نسبة الخمس لصاحب الأرض، وعبارة: «وانظر في المعيار وغيره فتاوى من أفتى بجواز كراء الأرض بما تنبت لعموم البلوي بها، وفتاوى من أفتى بإباحة شركة والخمس» لأن المعاملات إذا عم الفساد وكانت فاسدة على سبيل العموم يترخص فيها. غير أن هذه الرخصة إنما ثبتت على قول من لا يميز المزارعة، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة (الهداية: 53/4) والمالكية (الموطأ: 188/2) والشافعية (المهذب: 393/1). أما من يميز المزارعة فشركة الخمس ثابتة على الأصل. وجواز المزارعة مذهب الصاحبين في الفقه الحنفي؛ والفتوى في المذهب على قولها حاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع (نتائج الأفكار تكملة فتح القدير: 34/8). وهو مذهب الحنابلة الذي انتصر له ابن تيمية (الفتاوى النورانية الفقهية ص 181 إلى ص 206) الذي بحث الموضوع بحثاً مستفيضاً ربما لا يجده عند غيره. فقلع تجويز بعض فقهاء المغرب للمزارعة بالخمس نموذج لتأثر الفقهاء في المغرب بالرأي المتقي به في المذهب الحنفي أو الحنبلي.

تطبيقها. ومن ذلك فإن قرارات المحاكم المغربية قد تنابت في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية على تطبيق رأي مالك القائل بتوقف إبطال تعاقديات السفه أو تصحيحها على كونه محجوراً عليه بحكم سابق أولاً، دونما التفات إلى كون هذا التعاقد بين النفع له أو الإضرار به⁽²⁷⁾. ثم تغير عمل هذه المحاكم في القرن التاسع عشر [الثاني عشر الهجري] ليتجه إلى الاستقرار على الأخذ برأي تلميذ مالك «ابن القاسم» المناقض للرأي السابق تماماً⁽²⁸⁾. وما جرى عليه القضاء أن الواجب على القاضي في المسائل الخلافية أن يتبع عموماً الرأي المشهور في مذهبه. غير أن المحكمة كانت تستحسن كثيراً أن تقضي بالرأي الراجح، بل والضعيف، توتخياً للعدالة، وإن اعترف القضاة المغاربة بمعاملات لا سند لها من أحكام الفقه - حقيقة - كما رأينا قبل قليل.

وقد كان من الطبعي أن يحل عمل المحاكم - بالنسبة لهؤلاء الذين يتركز اهتمامهم في التطبيق القانوني الواقعي - محل فقه النصوص، فاهتموا بهذا العمل اهتماماً خاصاً. وفي المغرب لقي هذا الموقف دعماً هاماً تمثل في أنشطة هذه المجموعة المعروفة بالعدول. وقد ظهرت هذه المجموعة منذ فترة مبكرة ترجع إلى القرن الثامن [الثاني الهجري]⁽²⁹⁾، متمثلة في هيئة من الشهود المؤلفين للمحكمة الذين ثبتت لديها عدلتهم بعد عرض أخلاقهم على معايير تركية الشهود، والذين أتاح شهادتهم للمتعاقدين تلافي احتمالات التعقيد أو التأخير التي لا داعي لها عندما تمس الحاجة إلى الشهادة أمام المحكمة. وقد تطور عملهم الذي صار حرفة رابحة من كونه في البداية مجرد تسجيل شخصي على سبيل التذكير للشروط المتضمنة في العقود التي أشهدوا عليها إلى أن صاروا في الواقع يقومون بدور الموثق العام، وأصبحت مذكراتهم هذه تعرف باسم «الوثائق»⁽³⁰⁾ التي حظيت عادة بالقبول والحجية في الإثبات لدى المحاكم. وهي

(27) هذا مشهور مذهب مالك، فتصرفات السفه عنده محمولة على الرشد إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان. انظر بداية المجتهد 213/2.

(28) أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتافي ولد سنة 128 هـ. وإليه يرجع الفضل في إدخال مذهب مالك إلى المغرب، وتوفي بالقاهرة سنة 191 هـ. ورأيه في تصرفات السفه وأن ينظر إلى حاله يوم يبعه وابتاعه وما قضى به ماله، فإن كان رشيداً في أحواله أجازت أفعاله كلها، وإن كان سفهياً لم يجز منها شيء» الدسوقي: 297/3.

(29) ليس هذا نظراً جديداً اتجه إليه الفقه كما يوهم سياق كلام المؤلف، بلليل هذا التاريخ الباكر الذي يذكره المؤلف.

(30) ليست هذه الوثائق أكثر من تسجيل لشروط التعاقد المتفق عليه، وفائدتها تيسير إثبات حقوق المتعاقدين، فلا دخل لها بذلك في توجيه الأحكام الموضوعية على أي نحو.

بهذا تعد مثلاً هاماً لهذا النوع من الأحكام التي استحدثتها التطبيق القانوني والتي تختلف عن الأحكام الفقهية المتشعبة. غير أن المغزى الخاص لهذه الوثائق فيما نحن بصدده هنا قد يتمثل في حقيقة أن الشروط التي تضمنتها كانت تصاغ وفق ما جرى عليه العمل في المحاكم، سواء وافق ما دُوّن في كتب الفقه أولاً. فكان نظام «العدول» بهذا أداة فعالة في تقوية مفهوم «حجية العمل»⁽³¹⁾.

ونتيجة لهذا التطور ظهر أخيراً في شمال غرب أفريقيا غط للعلاقة بين النظر والواقع يختلف عما عرفته البلاد الإسلامية الأخرى؛ فإن فقهاء المالكية قد اعتبروا عمل المحاكم المعيار الأسمى للحجية القانونية. وبعبارة مؤلف كتاب «العمل الفاسي»⁽³²⁾

(31) من الواضح أن الوثائق بهذا المعنى الذي ذكره المؤلف تتبع العمل القضائي ويحرى فيها كتابتها الاتفاق مع الأحكام القضائية المبينة بطبيعة الحال على النظر الفقهي.

(32) ظهر العمل الفاسي - فيما يبدو مما ذكره المحجوي في الفكر السامي 405/4 وما بعدها - نتيجة ظروف مختلفة. فمن الناحية السياسية وانصرف عليه فاس الأكياس إلى متابعة العمل الأندلسي، ميلاً إلى الأمويين السنين، ورغبة عن عمل القيروان التي كانت تحت حكم الفاطميين. ومن الناحية الأصولية كان المذهب المالكي الذي اعتمد إمامه على عمل المدينة يسمح بالاعتراف بحجية العمل؛ فإنه إذا كانت مخالفة المشهور والعمل بالمرجوح لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع، وإن كان جلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسلة.

والأصل أن العمل بالمرجوح من الفتوى والأحكام حرام إلا إذا بان للمجتهد رجحانه فلا يبقى مرجوحاً في حقه ولا في حق مقلده، أو إذا كانت هناك مصلحة ضرورية دعت لترجيحه، وتلتحق المصالح الحاجية لو كانت عامة بالمصالح الضرورية كما سبق في تعليق آخر، فيترجح بها العمل بالرأي المرجوح كذلك. والأمر بإيجاز قد يوضح ما نحن بصدده أن أصول المذهب المالكي قد قضت بالترجيح بين الآراء المختلفة في المذهب بالموازنة بين المصالح والمفاسد الناشئة عنها والموازنة بينها. وقد قادم هذا الاعتبار نفسه إلى تصحيح تصرفات أجازها مذهب آخر ولم تصح عندهم وهذا ما تقضي به قاعدتهم التي أسماها الشاطبي بمرعاة الخلاف (الموافقات: 202/4). ومن أمثلتها أن مالكاً يحكم ببطان نكاح المرأة بدون ولي. فعلى القاضي التفريق بين الزوجين إن ظهر بها قبل الدخول، أما إن تم الدخول فلا يفرق بينهما، بل يقضي لها بحقوق الزوجية المختلفة وإنما كان ذلك بالنظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالتفويض والإبطال بعد الدخول من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة مخالفة الرأي المعتمد في المذهب أو تزيد. وهكذا فإن الترجيح بين أقوال المجتهدين في المذهب المالكي وغيره إنما يستند إلى أصل المصلحة، وليس إفضاء لحكم عرفي بلا دليل معتبر.

وهذا الكتاب الذي ذكره المؤلف دون إشارة إلى اسم صاحبه يبدو أنه للشيخ عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي الذي يذكر عنه المحجوي أنه: نظم كتاباً فيه نحو ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل =

الذي عاش في القرن السابع عشر [الحادي عشر الهجري]: «ينبغي أصلاً نقض ما حكم به قضاة زمننا من أحكام تستند إلى الرأي الشاذ، غير أن العمل مقدم على الرأي الأرجح وجوباً، فإنه (أي العمل) لا يمكن إهماله»⁽³³⁾. ومن ثم فإن التفكير الفقهي في المغرب يختلف اختلافاً جذرياً عن النظر الفقهي التقليدي، إذ يبدو هو النمط الوحيد للشكل الواقعي الذي يتبع قرارات المحاكم بدلاً من أن يتقدمها، والذي يعني - في الحقيقة - بالقانون من حيث ما هو عليه في التطبيق العملي لا من حيث ما ينبغي أن يكون عليه.

ولكي نجمل نتائج الفصلين التاسع والعاشر فإنه يصبح تقويم التطور التشريعي في العصور الإسلامية الوسيطة في حدود مدى ابتعاد العمل القضائي عن النظر التقليدي المسطور في كتب الفقه. ففي مجال التشريع الأسري برز الازدواج بين الفكر والعمل على نحو واضح. ونظراً لأن أحكام الأسرة كانت تعد بصفة خاصة جانباً أساسياً من الواجبات⁽³⁴⁾ الدينية فقد بقي النظر التقليدي المدون في المصادر الفقهية باللغة العربية محوطاً بالرعاية والتقدير من حيث كونه المعبر عن معايير السلوك الوحيدة التي ارتضى الشارع صحتها؛ أما تلك المخالفات التي أجازها العمل القضائي في بعض البقاع والتي ابتعدت عما حكم به الفقه فلم تلتحق بالتعبيرات الشرعية أبداً في المجال المذكور. غير أنه لم يكن هناك هذا الحد المحقق الذي تمكن إقامته للفصل بين النظر

= بفاس بالخصوص، وشرحه هو كما شرحه غيره. غير أنه حاطب ليل جمع حتى ما جرى به العمل القضائي جوراً أو جهلاً ترك اللعان مع أنه في كتاب الله». الفكر السامي: 408/4.

(33) لا نفيد العبارة التي ذكرها المؤلف اعتبار العمل هو المعيار الأسمى للحجية القانونية، إذ تتضمن الأصل المعروف وهو وجوب ترك العمل بالأراء الشاذة وزلات العلماء، كالاتقاء بحل النبيذ والمتعة وما أشبه ذلك مما لا يعتمد على دليل معتبر عند عموم المجتهدين. أما ترك الرأي الأرجح والحكم بالرأي الراجح بالاستناد إلى المصالح الضرورية أو الحاجة العامة المنزلة منزلة الضروريات فهذا من قبيل إعمال المصلحة المعتبرة أصلاً شرعياً. ومن ثم فإن العمل القضائي لا يغطي بذاته في القضاء الإسلامي باعتباره المعيار الأسمى للحجية، فهذا المعيار منحصر في الدليل نصاً أو مصلحة. ولعل المؤلف قد تأثر بالقضاء الانجليزي الذي تمثل أحكامه محور العمل القضائي، فأراد إسقاط ذلك على التطور التشريعي الإسلامي.

(34) ليست هناك أبو خصوصية لأحكام الأسرة في وجوب الامتنال للحكم الشرعي؛ فعمل المكلف الامتنال دائماً للحكم الشرعي، سواء تعلق بالمناكحات أو بالمعاملات أو العبادات أو الجنائيات. وإنما نشأ هذا التفرق في العصر الحديث، وفي ظروف اقضاء الشريعة عن العمل بها في المعاملات وغيرها وإلجائها إلى المجال المسمى بالأحوال الشخصية.

والواقع في المجالات التشريعية الأخرى. فقد اعترف النظر القانوني العام المتمثل في فقه السياسة الشرعية بأن المصالح السياسية قد حتمت إيجاد ولايات قضائية أخرى تلتحق بولاية المحاكم الشرعية، وذلك للفصل في القضايا المتعلقة بمسائل القانون العام ومجالاته ولا سيما في مجال القانون الجنائي. كذلك كانت العوامل المتأصلة في المجتمع الإسلامي قد أدت في باب المعاملات إلى تعديلات هامة للأحكام التي قررها للنظر الفقهي المشدد. وفي هذين المجالين كليهما كان المفتون هم المسؤولين أساساً عن التوفيق بين النظر والعمل؛ فإن دورهم لم يقتصر فحسب على مجرد النظر في فقه المعاملات المدنية لتقريبه من الواقع، بل إنهم كثيراً ما كانوا يجلسون مجلس المستشارين القانونيين الذين يمشون أنشطة محاكم المظالم ويوافقون عليها.

وعلى ضوء هذه التطورات أخذ الفكر الفقهي التقليدي يحدرد إلى منظور تاريخي، باعتباره مرحلة في تطور التشريع الإسلامي. ولقد حظيت النصوص الفقهية التقليدية دائماً باحترام وتبجيل بالغين فيما يتعلق بتمثلها للمفهوم الديني النقي وتعبيرها عنه، ولذا اتخذت التطورات الفقهية طابع التنازلات المتزعة كرهاً لصالح الممول به في الواقع، تغلياً لاعتبارات استثنائية. بيد أن الفقه التقليدي من وجهة النظر الواقعية لم يعبر مطلقاً عن التشريع الإسلامي التعبير الكامل أو المعتمد وحده في العمل دون سواه⁽³⁵⁾.

(35) يتركز هدف المؤلف من هذا الفصل في استنتاجه الأخير. ولكي يصل إلى استنتاجه هذا رأيناه قد قدم لذلك إقامة نوع من التقابل بين الأحكام الفقهية المشددة وبين تصرفات الناس ومعاملاتهم في الواقع. ومن هذا التقابل اتجه المؤلف إلى التفريق بين أحكام الأسرة وغيرها. أما في مجال أحكام الأسرة فإنه يفرق بين المنطقة العربية والمناطق الإسلامية الأخرى، حيث خفت حدة التقابل بين النظر والواقع في المنطقة العربية بالنسبة لغيرها. أما في غير مجال الأسرة فقد برز التقابل بين الأمرين منذ البداية في كل المناطق على حد سواء. ونتيجة لذلك اضطرت الفقه فيما رآه المؤلف إلى تقديم بعض التنازلات حتى يضمن لنفسه نوعاً من السيطرة على الواقع. وقد تمثل ذلك في قبول الحيل، وتسلسل العرف إلى الأحكام الفقهية ذاتها، وإلى العمل القضائي كذلك.

ويبدو النسيج الذي قدمه المؤلف للتطور عكسياً من الناحية الشكلية. غير أن المدقق فيه عن كتب لا بد وأن يجد خيوط هذا النسيج مشتملة على كثير من المفجرات التي يتعين وضعها في الاعتبار. فلكي تصح هذه النتيجة أو تقترب من الصحة يجب أن نعي بعبارة والفقه الإسلامي؛ تلك الآراء التي نشأت في القرن الأول أو الثاني والتي دونت في الفترة ذاتها، كما يجب أن يكون هذا الفقه قد رفض اعتبار مصالح الناس واحتياجاتهم. غير أن الفقه الإسلامي بمصادره الأشمل من ذلك قد =

كان من المرونة إلى الحد الذي أتاح له التوافق مع الواقع في حدود مبادئه العامة ومقاصده الأساسية. ويمكن الاستدلال على ذلك بالتذكير بالأمور التالية:

(أ) مبنى الأحكام الفقهية ومقصدتها هو رعاية مصالح الناس وتحقيقها في الدنيا والآخرة. وهذا هو ما قرره القرآن بوضوح لا يحتمل اللبس؛ فالآية الخامسة والستون من سورة النساء قد جاءت عقب الأمر باشتراط الرضا بحكم الرسول ﷺ لثبوت الإيمان، كي تبين أن الأحكام التي فرضها الله سبحانه والأزم بها رسوله ليس فيها ضرر وأن العمل بها يحقق للخير والرشاد. ويتأكد ذلك بما هو معروف من أن الأحكام الفقهية جميعها قائمة على رعاية مصالح الخلق المختلفة من الضروريات والحاجيات والتحسينات.

(ب) وفي هذه الحدود عني الفقهاء بتحديد مقاصد الشريعة باستقراء الأحكام الجزئية من حيث ما أراده الشارع منها، ووضعوا هذه المقاصد نصب أعينهم دائماً سواء في التطبيق الواقعي لهذه الأحكام أو في تعديتها لتشمل حالات جديدة، أو في صياغاتهم للقواعد الأصولية التي يعتمدون عليها في هذا التطبيق وتلك التعدية. وقد كان هذا النظر سبب تقريرهم لمبدأ اختلاف حكم الفعل الواحد باختلاف ما يؤدي إليه، ومبدأ اختلاف الفتوى باختلاف الأعراف والأزمان، كما أنه أيضاً أساس مشروعية قاعدة القياس والاستحسان وسد الذرائع وتحريم الحيل. والمحور الأساسي للقواعد الفقهية - بمعناها الفني - ومكملاتها هو العمل على تحقيق هذه المقاصد.

(ج) ورغم أن بعض المتأخرين قد اعتقدوا أن هذه المقاصد قد تكتشفت تماماً في الأحكام التي أخذ بها المتقدمون فإنه كان هناك مجال - دائماً - لظهور بعض الاجتهادات الجديدة التي تحرر أصحابها القيام بمراجعة الواقع في ضوء هذه المقاصد، معتمدين على المبادئ الأصولية العامة ذاتها التي اعتمد عليها الفقه منذ بداية تطوره. وطبقاً لذلك لم يجد فقهاء العصر الحديث غضاضة في قبول التفتين بمعناه المعروف في الفقه الغربي، وإجازة ترتيب التقاضي في شكله الحديث، كما أنهم لم يترددوا في ضرورة الاجتهاد لتحديد أحكام الشرع في المشكلات الجديدة التي أبرزها عصرهم.

وفي ضوء ذلك ثبت أن قواعد النظر الفقهي وأصوله التي مكنت الفقه من التوافق مع الواقع وتلبية احتياجات المجتمعات الإسلامية المختلفة طيلة ثلاثة عشر قرناً هي قادرة أيضاً على الاستمرار في أداء وظائفها.

الباب الثالث

التشريع الإسلامي في العصر الحديث

الفصل الحادي عشر

التأثير الأجنبي والأخذ من القوانين الثورية

تمت منذ القرن التاسع عشر صلة وثيقة بين الحضارتين الإسلامية والغربية على نحو متزايد. وقد تحدد التطور القانوني في العالم الإسلامي بفعل التأثيرات الجديدة - الناشئة عن هذه الصلة - أكثر من أي عامل آخر. وكان بناء الدول والمجتمعات الإسلامية قد ظل أثناء العصور الوسطى ثابتاً لا يتغير في أساسه، ومن ثم فقد نجح الفقه في موامة نفسه مع الاحتياجات الداخلية التي نشأت في هذه المجتمعات بمرور الوقت. أما تلك الضغوط الخارجية التي واجهها العالم الإسلامي في العصر الحديث فقد اختلفت عن سابقتها اختلافاً كلياً؛ إذ تنطلق الحضارة الغربية سياسياً واجتماعياً واقتصادياً من مفاهيم وأنظمة غربية في أسسها عن المفاهيم الإسلامية والتشريع الإسلامي الذي عبر عن هذه المفاهيم. وبسبب الجمود الأساسي للفقه وتغلب نظرية التقليد (أو المتابعة الكاملة لأحكام مذهب معين)⁽¹⁾ ظهر عندئذ نوع

(1) يعرف الأصوليون التقليد بأنه: «أخذ القول من غير معرفة دليله» انظر حاشية البناي على جمع الجوامع 392/2. ولا يبدو الوصف الذي ذكره المؤلف تعريفاً للتقليد على أي نحو، وإن صح لدى بعض الأصوليين الذين يرون وجوب التمسك بالالتزام بأحكام مذهب معين. وقد عبر الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي في شرحه لجمع الجوامع عن هذا الرأي بقوله: «والأصح أنه يجب على العامي وغيره ممن لم يبلغ رتبة الاجتهاد التزام مذهب معين من مذاهب المجتهدين باعتقده أرجح من غيره أو مساوياً له وإن كان في نفس الأمر مرجوحاً السابق: 400/2. وكثير من =

من الصراع المستعصي فيما يبدو على الحل بين التشريع التقليدي واحتياجات المجتمع الإسلامي، الذي بدأ يتطلع إلى تنظيم نفسه على أساس من المعايير والقيم الغربية. فبدأ لأول وهلة أنه ليس هناك من حل على الإطلاق سوى ترك أحكام الفقه وإحلال قوانين مستلهمة من الغرب في المجالات التي استشعر المسلمون أهميتها الخاصة في التلاؤم مع الظروف الجديدة⁽²⁾. ولذا فإن أي فهم لطبيعة العمل القانوني الإسلامي الحديث إنما يتطلب في المحل الأول تقدير المدى الذي وصل إليه استمداد القوانين الأوروبية الأصل في البلاد الإسلامية، والأسلوب الذي تحقق به هذا الاستمداد.

وتبعاً للعلاقات التي نشأت بين الدول الإسلامية والغربية كان من الطبيعي أن تكون مجالات القانون العام (الدستورية والجنسية) والمعاملات المدنية والتجارية هي التي استحققت اهتماماً خاصاً في هذا الصدد. ففي هذه المجالات بدأ النظام الإسلامي التقليدي - يحكم هذه الظروف الحديثة - قاصراً على نحو أكثر وضوحاً. ويكفي ما سبق ذكره إجمالاً حول أحكام المعاملات المدنية ليان ما تنطوي عليه هذه الأحكام من تصور كامل في استيعاب التطور الاقتصادي ونظم التجارة الحديثة، وبخاصة إذا ما كانت أساليب تحقيق استيعاب التشريع التقليدي لذلك منحصرة في تلك الأساليب التي نوقشت في الفصل السابق. كذلك كان الإطار التقليدي لأحكام الجنائيات مما لا يتفق مع وجهة النظر الحديثة، ولا يرجع ذلك فقط إلى ما تنطوي عليه من عقوبات اعتبرت خارجة على المبادئ الإنسانية⁽³⁾، كقطع اليد

= العلماء ضد هذا الرأي، منهم العراقي والزرکشي وعز الدين والنوري والقرافي والشعراني والشوكاني وغيرهم. وقد نقل المحجوي بعض هذه الآراء وانتصر لها، وبين المفايد التي نشأت عن القول بوجود التملص، مما ينبغي أن يراجع في كتابه: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: 417/4 وما بعدها.

(2) قد بدأ ذلك بالفعل للحكومات الاستعمارية وعملائها الذين فرضوا وجهة نظرهم هذه على الشعوب الإسلامية بحد السيف. وقد سعى علماء الفقه الإسلامي إلى تحقيق التوافق مع الظروف الجديدة في إطار قواعد الشريعة ومبادئها، الأمر الذي يتجلى في ظهور مجلة الأحكام العدلية، غير أن هذا الحل لم يعجب القوى الغربية ففرضت قوانينها بحيل وأساليب مختلفة، وهذا هو الذي سيطر المؤلف إلى الاعتراف به على نحو مباشر أحياناً.

(3) من الذي اعتبرها كذلك؟ ومن المفارقة اللافتة للنظر أن الانجليز في الوقت الذي نظروا فيه إلى العقوبات الإسلامية هذه النظرة كان قانونهم نفسه يعترف بعقوبات فظيعة، فضلاً عن تلغ طريقة تنفيذ القتل بالحرق في إنجلترا إلا سنة 1790 م. وقد وصل القانون الانجليزي في أواخر العصور الوسطى بالأفعال التي توجب عقوبة الأعدام إلى مائتين. ولم يتورع عن الحكم بها على الأطفال إذا =

في السرقة والرجم في الزنا، ولا لتصور القتل باعتباره اعتداء مدنياً، الأمر الذي لم يعد يناسب دولة منظمة على أسس حديثة وإن حظي بالقبول في المجتمع القبلي⁽⁴⁾، بل يرجع بصفة أخص إلى أن الآراء الحديثة في النظر إلى الدولة لم تعد تحتل تلك السلطات الواسعة والمطلقة التي وسدت للحاكم السياسي في إطار عقوبة التعزير (راجع ما سبق⁽⁵⁾ ص 103).

وقد أمكن إدخال القانون الأوروبي الجنائي والتجاري بلاد الخلافة العثمانية في القرن التاسع عشر بفضل نظام الامتيازات الذي حققت القوى الغربية عن طريقه لرعاياها القاطنين في الشرق الأوسط أن يحتكموا إلى قوانينهم الخاصة. وأدى هذا إلى ازدياد الألفة بالقوانين الغربية، وخاصة عندما كانت تطبق في «القضايا المختلطة» الواقعة - مثلاً - بين التجار الأوروبيين والمسلمين في مجال المعاملات التجارية. ومن ثم فقد كان من الطبيعي أن تلتفت السلطات في الشرق الأوسط إلى القوانين المعمول بها في نظام «الامتيازات» حينما أظهرت الرغبة في التقدم ودقة التنظيم حتمية ترك قانونها التقليدي. وفي الوقت نفسه فقد تصدت هذه السلطات من وراء تبني القوانين الأوروبية وتطبيقها على الصعيد القومي إلى محاولة إفناع القوى الأجنبية⁽⁶⁾ بإزالة تلك

= أنوا أفعالاً معينة. وجهة النظر الإسلامية بشأن العقوبات الشرعية أنها رحمة للبشر، وإن بطشت بالمعتدين. وقد عبرت إعادة العمل بالحدود في باكستان - أخيراً - عن تمسك المسلمين بعقيدتهم ووعيهم بأهمية تطبيق الأحكام الشرعية رغم ادعاء المدعين وكذب المرجفين.

(4) عرفنا أن حكم القصاص يتنازع في الشرع حقاً: ألومها حق المجني عليه وأولياء الدم، والآخر حق الله أو حق المجتمع المسلم؛ فلو عفا أولياء الدم عن القاتل صح للإمام تعزير القاتل بما يردع غيره عن ارتكاب هذه الجناية. وهي بذلك ليست عدواناً مدنياً كما ذكره المؤلف في أكثر من موضع.

(5) ناقشت فيما سبق زعم المؤلف المتعلق باتساع مجال حرية الحاكم في التجريم والعقاب. ويجب الالتفات إلى الأصل الشرعي الذي أرسته وخطة الوداع والذي يقضي بحرمه دعاء المسلمين وأعراسهم وأمورهم إلا بحقها، وإلى أن هذا الحق قد تحدد في نصوص الشرع. وبعبارة أخرى فإنه لا جريمة في الشرع ولا عقوبة إلا بنص، ولا يتمتع الحاكم طبقاً لذلك بأية مزية في هذا الشأن، وأن حق له - بمقتضى اجتهاده المشروط لصحة ولايته أو بناء على مشورته المجتهدين - أن يلحق الجرائم المنصوص عليها في الظروف المختلفة بالعقوبات المنصوص عليها بشيء من الرونة وبما يحقق المقاصد الشرعية في كل الظروف.

(6) لقد أراد المؤلف تصوير الظروف التي نشأ فيها استمداد القوانين الغربية بأنه كان هناك نوع من الحرية أمام الحكومات والشعوب لإسلامية في اختيار ترك قوانينهم الإسلامية وإخلاق القوانين الغربية عملها. غير أن وجود نظام الامتيازات الذي أشار إليه المؤلف دليل كاف في حد ذاته على أن المسلمين لم يكن لديهم خيار مطلقاً في الاحتفاظ بقوانينهم الأصلية. والواقع التاريخي أن نظام =

الامتيازات التي أصبحت عبئاً يصعب احتماله في ظل تزايد الشعور الوطني بأهمية السيادة القومية.

ونتيجة لهذه الاعتبارات استمدت الخلافة العثمانية من القانون الأوروبي على نطاق كبير في تنظيمات تلك الفترة الواقعة بين سنة 1839 و 1876 م [1225 - 1293 هـ]. فقد كان القانون التجاري الصادر سنة 1850 م [1267 هـ] ترجمة مباشرة في بعض أجزائه للقانون التجاري الفرنسي، كما تضمن بعض المواد التي تضبط دفع الفائدة الربوية. وفي ظل القانون الجنائي لسنة 1858 م [1275 هـ] الذي كان ترجمة للقانون الجنائي الفرنسي أزيلت الحدود الشرعية كلها سوى العقوبة على الردة بالقتل. وقد تبعه قانون المرافعات التجارية في سنة 1861 م [1278 هـ] والقانون البحري التجاري في سنة 1863 م [1280 هـ] اللذان كان أساسهما مأخوذاً من التشريع الفرنسي كذلك⁽⁷⁾.

الامتيازات لم يوجد في البلاد الإسلامية إلا بعد أن تردت الدولة العثمانية إلى حالة من الضعف، وأصبحت تطلق عليها الدول الأوروبية الرجل المريض؛ فلا يصح للمؤلف الاستناد إلى ما استند إليه هنا لتبرئة القوى الغربية من جريمة فرض القوانين الأجنبية وتطبيقها في البلاد الإسلامية. وفي كلمة فإن العالم الإسلامي قد انهزم هزيمة عسكرية لا حضارية. وقد صرح الخديوي إسماعيل بإرغام أوروبا على الأخذ بالقوانين الغربية في حديثه لرفاعة الطهطاوي فيما يذكره رشيد رضا في كتابه تاريخ الشيخ الإمام محمد عبده 629/1.

(7) ليست هناك أدلة مطلقاً على صدق ما يقرره المؤلف بشأن هذه القوانين، ولعل الأوفق للواقع التاريخي أثناء صدور هذه القوانين أنها احتوت على بعض المفاهيم المحدودة من القوانين الغربية وأنها لم تكن ترجمة مباشرة للقانون الفرنسي، والأمر مع ذلك بحاجة إلى دراسة مستوعبة. وفي حدود ما يسمح به هذا التعليق يجب الالتفات إلى الملاحظات التالية:

(أ) بذل الخلفاء العثمانيون جهوداً ضخمة تميزت بالصدق والحماس في مجال تطبيق الأحكام الشرعية، ولا يقل دورهم في ذلك عن الدور الذي قام به أسلافهم من الأمويين أو العباسيين. ويفصح عن حماسهم هذا أنهم وسعوا إلى مفتي إسلام بول مهمة تعيين القضاة في أقاليم الدولة ومتابعة كل ما تصدره الدولة من إجراءات لتقويها حسب أحكام الشريعة كما يفصح عنه كذلك تتبع نشاط أبي السعود شيخ الإسلام الذي استمر في منصبه هذا ثلاثين سنة (952 - 982 هـ/ 1545 - 1574 م). فقد أصدر توجيهاته للقضاة البالغة اثنين وثلاثين بنداً كي تشكل ما يمكن أن يمثل أساساً للعمل القضائي. وبما أوجبه هذه التوجيهات العمل برأي من الآراء المتضمنة في المذهب الحنفي والمنع من سماع الدعوى للتقدم المقدّر بخمسة عشر عاماً إذا لم يكن هناك علم معقول. كما نجح هذا المفتي في صيغ قانون الدولة الإداري بالصيغة الإسلامية تماماً، وعهد إليه بمراجعة قوانين الأرض السائدة في المناطق الأوروبية المقترحة لطبعها بالطابع الإسلامي.

ولتطبيق هذه القوانين أقيم نسق جديد من المحاكم «النظامية» أو «العلمانية»، وشمل

(ب) يتميز نشاط العثمانيين القانوني -فضلاً عن حماسهم لتطبيق أحكام الشريعة - بإصدار قوانين الأول. وقد بدأ هذا النشاط التقني في عهد السلطان محمد الثاني (855 - 886 هـ / 1451 - 1487 م)، وبلغ أوجسه في عهد السلطان سليمان الأول (926 - 968 هـ / 1520 - 1560 م) حتى شمل مجالات كثيرة منها أحوال غير المسلمين والشرطة والعقوبات والأراضي والحرب ونتيجة لهذه التقنيات آل أمر التطبيق القانوني إلى نوع من الوحدة والاتساق الذي عم جميع بلاد الخلافة. ويشير وشاخت إلى هذه الوحدة كي يقرر أن التطبيق القانوني في القرن السادس عشر كان أفضل في بلاد الخلافة من نظيره في البلاد الأوروبية آنذاك من كل الوجوه (An Introduction To Islamic Law p.92).

(ج) انعكس تخلف الدولة فيما بعد على الممارسة القانونية، وأرغمت الدولة على قبول نظام الامتيازات الأجنبية. وقوى التيار الداعي إلى التجديد في أواخر النصف الأول من القرن التاسع عشر الميلادي، فصدر قانون التجارة الذي أشار إليه المؤلف سنة 1267 هـ - 1850 م. وفي مقدمة المجلة أن هذا القانون صدر نتيجة اتساع المعاملات التجارية في هذه الأعصار، فمست الحاجة إلى استثناء كثير من للمعاملات كالسفتجة التي يسمونها حوالة، وكأحكام الإفلاس وغيرها من القانون الأصلي، ووضع هذه المستثنيات قانون مخصوص يسمى قانون التجارة وصار معمولاً به في الخصومات التجارية فقط. . . ومع ذلك فالدعوي التي ترى في محاكم التجارة إذا ظهر شيء من مفرعاتها ليس له حكم في قانون التجارة مثل الرهن والكفالة والوكالة يرجع فيه إلى القانون الأصلي. ومن هذا يتضح أمران:

أولهما: أن هذا القانون إسلامي في جوهره ومضمونه، وأنه قد تضمن بعض المسائل التي يكثر وقوعها في مجال التجارة، لتيسر عمل محاكم التجارة. أما المسائل التجارية الأخرى التي لم يتضمنها فقد كانت أحكام الشرع المدونة في كتب الفقه وقوانين الدولة هي المرجع فيها. وثانيهما: أن هذا القانون إسلامي في شكله كذلك، فقد عرفت الدول الإسلامية -والخلافة العثمانية - بصفة خاصة - محاولات سابقة للتقنين وتوحيد الأحكام المعمول بها قضائياً.

(د) استمرت الخلافة العثمانية طوال القرن التاسع عشر في تطبيق أحكام الشريعة عموماً؛ فقد كانت مجالس تمييز الحقوق التي تضبط العمل القضائي تحت رئاسة حكام الشرع الشريف كما نصت مقدمة المجلة أيضاً؛ ورغم قيام عاكن يمكن أن تسمى «نظامية» بلغة المجلة - في هذه الفترة فلم يفرج الأمر عموماً عن الالتزام بالأحكام الفقهية؛ «فإن أصل القوانين والنظامات الملكية ومرجعها هو علم الفقه، وكثير من الخصومات المترعة والأمور التي ينظر فيها بمقتضى النظام تفصل وتحسم عل وفق المسائل الفقهية»، مقدمة المجلة. وفي هذا الإطار المتزم بأحكام الفقه ظهرت مجلة الأحكام العدلية التي تمد عملاً فقهياً وقانونياً من طراز رفيع المستوى في الترتيب والاختيار ووضوح الصياغة، مما يدل بحق على أن الفقه الإسلامي فيما لو ترك الأمر لعلماؤه كان يسيله إلى الدخول في مرحلة تألق جديدة يثريها وتثريه. ومرة أخرى فإن الفقه الإسلامي لم يهزم حضارياً وإنما أخذ عسكرياً.

اختصاص هذه المحاكم - آنذاك - النظر في القضايا المدنية جميعها باستثناء قضايا الأحوال الشخصية⁽⁸⁾، ففتنت في ضوء ذلك التشريعات الأساسية الخاصة بالالتزامات فيها بين سنة 1869 و 1876 م 1286 - 1293 هـ لتجمع فيها عرف بالمجلة⁽⁹⁾. ورغم أن المجلة غير مدنية للمصادر الأوروبية بشيء من مادتها - التي كانت مستمدة من المذهب الحنفي تماماً - فقد هدفت تقنيناتها إلى تيسر الأمر على أعضاء المحاكم النظامية، حيث كان من العسير عليهم مراجعة الكتب الفقهية التقليدية الأسلوب واستخلاص الحكم الشرعي منها عند الحاجة إلى ذلك على نحو سليم. وكذلك قصد التقنين بطبيعة الحال إلى تحقيق الوحدة للتطبيق القانوني، وهو أمر له أهميته مقابل اختلافات الرأي الواسعة التي تضمنتها الكتب الفقهية.

أما مصر فقد ذهبت منذ سنة 1875 [1292 هـ] إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه السلطات العثمانية في الأخذ عن القانون الفرنسي؛ فبالإضافة إلى أنها أصدرت قانونها الجنائي والتجاري والبحري، وأقامت أيضاً نسخاً من المحاكم النظامية التي تطبق هذه القوانين⁽¹⁰⁾ - قد سنت كذلك قانونها المدني المستمد أساساً من القانون الفرنسي والمتضمن لقليل من المواد المأخوذة من أحكام الشريعة⁽¹¹⁾.

(8) هذه المحاكم النظامية أو العلمانية Secular Courts اسمها في لغة مقدمة المجلة ومجالس تمييز الحقوقي التي كانت رئاستها لحكام الشرع الشريف علي النحو الذي نقلناه في التعليق السابق، وهي بذلك لم تشكل خطراً على تطبيق الأحكام الفقهية.

(9) نمد المجلة «مجلة الأحكام العدلية» عملاً قانونياً ذا مغزى هام في تطور التشريع الإسلامي، فقد دلت بوضوح - رغم تبنيها بدائرة المذهب الحنفي عموماً - على أن أحكام الفقه الإسلامي يمكن بقليل من المعالجة أن تأخذ الإطار الحديث الذي يحقق لها مزايا كثيرة في مجال التطبيق الواقعي. وقد جاءت المجلة في ستة عشر كتاباً وإحدى وخمسين وثمانمائة وألف مادة تتناول أحكام العقود المختلفة التي تشكل موضوعات القانون المدني في الاصطلاح الحديث، كما تناولت بعض التصرفات المتعلقة بها ووسائل الإثبات والبيانات ومسائل الدعوى والقضاء مما يدخل في مجال الإجراءات المدنية. وقد استمر تطبيق أحكامها في تركيا إلى أن ألغاهَا أتاتورك سنة 1926 م، كما استمرت موضع التطبيق في لبنان إلى سنة 1932 م، وفي سوريا إلى سنة 1949 م وفي العراق إلى سنة 1953 م، وما تزال موضع التطبيق عموماً في قبرص وفلسطين. انظر في ذلك: an Introduction To Islamic Law Schäb p.93.

(10) لم تذهب مصر هذا المذهب باختيارها، بل دفعت إليه دفعاً، ويتضح ذلك بالنظر إلى الحقائق التاريخية المتصلة في أن القوى الأجنبية قد فرضت نظام المحاكم المختلطة في مصر في يناير سنة =

ونتيجة لهذه الخطوات المبدئية التي اتخذت في ظل الخلافة العثمانية فإن القوانين الأوروبية الأصل عُدت تشكل الجزء الأساسي والفعال في النظم القانونية المطبقة بأكثر بلاد الشرق الأوسط. فقوانين الجنايات والمرافعات تكاد تكون غريبة بالكامل، وإن شهدت العقود القليلة الأخيرة تحولاً عن القانون الفرنسي إلى مصادر أخرى⁽¹¹⁾ ففي سنة 1926 م [1345 هـ] أصدرت تركيا قانوناً جنائياً أساسه القانون الإيطالي، ثم كان قانونها الخاص بالمرافعات الجنائية الذي صدر بعد ذلك بعامين مستمداً من القانون الألماني. كذلك تبنت مصر في قانونها الجنائي لسنة 1937 م [1356 هـ] القانون الإيطالي، وهو الذي يغلب تأثيره في القانون الجنائي اللبناني الحالي، وقد اختلط بالقانون الفرنسي في القانون الجنائي المعمول به في ليبيا. أما بالنسبة لقوانين المعاملات والالتزامات المدنية فقد تزايد اتجاهاها في بلاد الشرق الأوسط عموماً وجهة غربية أثناء القرن الحاضر. فالمجلة إنما تطبق أحكامها الآن في الأردن فحسب، إذ إنها ألغيت في تركيا بتبني القانون المدني السويسري سنة 1927 م [1346 هـ]، وفي لبنان بقانون الالتزامات والتعاقدات لسنة 1932 م [1531 هـ] المستمدة أصوله من القانون الفرنسي، أما سوريا وليبيا فقد أصدرتا أخيراً قوانين مدنية مستمدة من القانون المدني الذي بدأ العمل به في مصر سنة 1949 م [1369 هـ].

غير أن هذا القانون الأخير يمثل تحولاً واضحاً عن الأسلوب السابق في

= 1876 م، مستغلة الوضع السياسي والمالي السيء الذي جرت إليه سياسة الخديوي إسماعيل في جعل مصر قطعة من أوروبا، كما يتضح كذلك بالنظر إلى حقيقة أن القانون المدني المصري الذي أطلق عليه «المجموعة الأهلية» قد صدر سنة 1883 م - 1301 هـ، أي بعد احتلال إنجلترا لمصر مباشرة، وقد كان هذا القانون على نسق المجموعة المختلطة التي فرضها نظام الامتيازات الأجنبية، وجاء فيه أكثر أحكامها. وكذلك يرجع تاريخ إنشاء المحاكم الأهلية في الوجه البحري إلى العام الذي صدرت فيه «المجموعة الأهلية»، على حين تأخر إنشاؤها في الوجه القبلي ستة أعوام. فهذا هو الظرف التاريخي الذي أدى بمصر إلى التهرب متى أبعد عما ذهبت إليه دولة الخلافة.

(11) لم يكن تعيين المصدر الغربي أمراً ذا بال مطلقاً بالنسبة لسلطات الاحتلال وأعوانهم، بل خضع اختيار القانون الفرنسي لتطبيقه في بلد والقانون الألماني أو الإيطالي أو السويسري لتطبيقه في بلد مسلم آخر - للصدفة المحضة في حالات كثيرة، وإن خضع عموماً لرأي حكومات الاحتلال. فمثلاً رجع اختيار القانون المدني السويسري بعينه إلى أن وزير العدل الذي صدر هذا القانون في عهده كان قد أمضى فترة في سويسرا درس أثناءها القانون السويسري، وهذا هو الذي رجع ثقة القانون المدني السويسري على غيره. ويمكن أن نقيس على ذلك أحوالاً كثيرة أخرى.

الاستمداد العشوائي من القوانين الأوروبية، ويمكن عدة محاولة للتوسط بين النظامين الإسلامي التقليدي والغربي؛ إذ أولى القائمون بأمره - وبخاصة المخطط الأساسي له عبد الرزاق السنهوري - أهمية كبيرة لكون نصوصه مزيجاً من القانون المصري السابق عليه ومن بعض المواد المأخوذة من قوانين معاصرة أخرى وأخيراً - لا آخراً - من مبادئ الشريعة الحقة. بيد أن هذا القانون - كما يبدو من النظر إلى واقع نصوصه - مدين لأحكام الشريعة بالقليل؛ فأكثر من ثلاثة أرباعه مستمد مباشرة من القوانين المصرية السابقة والصادرة سنة 1875 م⁽¹²⁾ [1292 هـ] و 1883 م⁽¹³⁾ [1301 هـ] . ومع ذلك فإن إصرار واضعي هذا القانون على طبيعته التركيبية وتأكيدهم على أن أحكامها الأجنبية الأصل قد تم اختيارها على أساس توافقها مع الأحكام الفقهية إنما يدل على موقف جديد تجاه الاستمداد من القوانين الأجنبية. ولعله ليس من الإسراف في الخيال أن يجد المرء في هذا الاتجاه الجديد - الرامي إلى عزل نصوص هذا القانون عن مصادرها الحقيقية تماماً - بداية لتجمع نوع من الجهود الرامية إلى صلب العناصر القانونية الأجنبية الأصل بالصبغة الإسلامية، مثلما حدث من قبل في القرنين المجريين الأول والثاني⁽¹⁴⁾. فضلاً عن ذلك فإن المادة الأولى من هذا القانون تقرر أن على المحكمة أن تقضي فيما لم ينص القانون على حكمه بالرجوع إلى مقررات العرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية أو العدل الطبيعي، كي تفتح الباب بوضوح للرجوع إلى أحكام الشريعة على نحو أوسع. والحق أن مثل هذا الرجوع لا يحتمل أن يسفر عن أية نتيجة هامة محسوسة طالما ساد التصور للفقه باعتباره نظاماً ثابتاً جامداً تم التعبير عنه في

(12) يشير المؤلف إلى كل من قوانين المحاكم المختلطة التي صدرت عام 1875 والخاصة بالفصل في القضايا المختلطة بالديار المصرية وإلى القانون المدني المصري الصادر عام 1883. ولا شك في أن قانون 1949 م الذي أشرف عليه السنهوري يعد نقلة ولو ضئيلة عن قانون 1875 م البغيض والمرتبط في الأذهان بالمحاكم المختلطة، من حيث أنه حدد الهدف المنشود وهو الوصول بالأحكام المعمول بها إلى التطبيق مع الشريعة الإسلامية.

(13) لم يدع الدكتور عبد الرزاق السنهوري - وزملاؤه الذين شاركوه في وضع هذا القانون - أن النصوص التي أخذوا بها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية بل عدلوا المصادر الحقيقية التي اعتمدوا عليها، بترتيب استمدادهم منها واعتمادهم عليها. ولو قرأنا النص نفسه الذي نقله المؤلف لعرفنا أن واضعي هذا القانون كانوا أمناء في تصوير مصادره وأهميتها في عملهم، وقولهم عن «الشريعة الحقة» إنها متأخرة أي في الاستمداد، لا آخره أي من حيث الأهمية المطلقة والمكانة التي تحتلها في صدور المؤمنين بها؛ فهم لم يخفوا ولم يخفوا المصادر التي اعتمدوا عليها، ولم يحدث من قبل في أي قرن أن أخفى المسلمون مصادر أحكام فقهم.

مؤلفات العصور الوسطى. غير أن التطورات الحديثة في القوانين الشرعية للأسرة - كما سنرى - قد استبعدت هذا التصور إلى حد كبير؛ فمن المحتمل للغاية في ضوء هذه التطورات أن يأخذ الاعتراف بدور أحكام الشريعة في القانون المدني مغزى أعمق أهمية من كل الوجوه.

ومن ثم فمُنذ أواخر القرن التاسع عشر اقتصر العمل بالأحكام الفقهية الخالصة بشكلها التقليدي في الشرق الأوسط على مجال قانون الأحوال الشخصية، وهو المصطلح الذي يجب أخذه هنا بمعنى يشمل قوانين الميراث ونظام الوقف وكذلك قانون الهبة غالباً، اللهم إلا شبه الجزيرة العربية فقد بقيت بوجه عام محصنة وحدها من تأثير القوانين الأوروبية. فهناك في السعودية واليمن و«ومحمية عدن» وحضرموت وبعض الإمارات المطلة على الخليج الفارسي استمر التشريع الإسلامي التقليدي حتى الوقت الحاضر هو التشريع الأساسي الذي يحكم كل أوجه العلاقات القانونية مع إدخال بعض التعديلات الشكلية القليلة.

أما فيما سوى منطقة الشرق الأوسط من العالم الإسلامي فلقد كان تغلغل القوانين الغربية وثيق الارتباط بأنظمة الحكم المحتلة وقوى الاستعمار⁽¹⁴⁾. فمُنذ اكتمال انتصار فرنسا في الجزائر سنة 1850 م [1267 هـ] والمجتمع المسلم فيها يخضع لمجموعات القوانين الجنائية والمدنية نفسها المطبقة في فرنسا، وانحصرت أحكام الشريعة في مسائل الأحوال الشخصية. كذلك نقلت هولندا قانونها العام والجناحي إلى أندونيسيا منذ القرن التاسع عشر، وإن استمرت العادة هي التي تضبط العمل في مجال القانون الخاص عموماً⁽¹⁵⁾؛ فأحكام الشريعة في هذا المجال لم تظفر أبداً - كما لاحظنا

(14) ليس من الإسراف في الخيال قطعاً أن المؤلف بتفريقه بين ما حدث في الشرق الأوسط وغيره بشأن تطبيق القوانين العربية واعتقاده أن منطقة الشرق الأوسط قد اختارت ذلك يراعتها الخاصة وأن غيرها أوجرت عليه إنما يتبع سياسة تبرىء إنجلترا من جريمتها في هذه المنطقة. ولا أعتقد أن مهمة البحث العلمي تبررة طرف من الأطراف يتحمل من المسؤولية مثل ما يتحمل غيره؛ فلم يختلف الوضع في مصر عن مثيله في الجزائر إلا في الدرجة والأسلوب، وتدلل تواريخ زخخة الشريعة عن مكانتها في التطبيق القانوني في البلاد الإسلامية قريباً من ثلاثة عشر قرناً - على ارتباط هذه الظاهرة بجيوش الاحتلال الأوروبي.

(15) كان قانون الأحوال الشخصية الأندونيسي مستمداً من القانون الهولندي كذلك حتى سنة 1974 م، وكانت هناك قوى عديدة يعرفها من له أدنى إلمام بأحوال هذا البلد وظروفه التي تستغلها حركات =

من قبل - بأكثر من اعتراف محدود، رغم الجهود التي بذلها الهولنديون لغرضها في هذا الجانب القانوني، من حيث كونها القانون الأمثل للمجتمعات المسلمة^(٤).

أما السياسة الانجليزية في الهند فقد قصدت في البداية على العكس من ذلك إلى إبقاء النظام القانوني القائم على المذهب الحنفي في صيغته التقليدية، والذي تعهده أباطرة المغول وطبقه القضاة^(٥). ثم بعد إعادة ترتيب المحاكم على يد وارين هستنجز Warren Hastings سنة 1772 م [1186 هـ] كان القانون الانجليزي على وجه التحديد هو القانون الذي أخذت هذه المحاكم في تطبيقه في المناطق التي سيطرت عليها شركة الهند الشرقية The Presidencies. أما في المناطق الأخرى فقد كان القضاة المسلمون هم الذين يطبقون القانون الجنائي الإسلامي. وفي المسائل المدنية كانت أحكام الشريعة هي التي تطبق بين المسلمين أيضاً (بينما كان القانون الهندي هو المطبق على الهندوس) وذلك بعد الرجوع إلى رأي الخبراء من أهل البلاد الأصليين وهم «الملا» الذين كانت تضمهم المحكمة. وفضلاً عن ذلك ففي سنة 1882 م [1300 هـ] صدر القانون الجنائي الهندي - وهو التقنين الذي استخلص من القانون الجنائي الانجليزي بقصد التصدير - مع قانون المرافعات الجنائية كي يزيل البقية الباقية من التشريع الجنائي الإسلامي. وإلى جانب ذلك تزايد صبغ القانون المدني بالطابع الانجليزي بفضل المبدأ الذي تبنته المحاكم والذي يتمثل في الحكم في القضايا حسب «العدل والإنصاف والضمير السليم»^(٦)؛ وبما أن القضاة البريطانيين - وزملاءهم الهنود - إنما

= التبشير. ورغم ذلك فقد ارتفعت أصوات عديدة تطالب بتطبيق أحكام الشريعة في هذا المجال، فاستجابت الحكومة الإندونيسية لذلك إلى حد ما، وأصدرت في التاريخ السالف الذكر قانون الزواج، وإن اشتمل في بعض نصوصه على أحكام ترجع إلى الأعراف المحلية.

(16) لم يكن لانجلترا نفوذ قوي في الهند في تلك الفترة التي أشار المؤلف إلى أن السياسة الانجليزية قد قصدت أثناءها إلى استبقاء أحكام المذهب الحنفي. فالعروف أن شركة الهند الشرقية قد تسلمت إلى شبه القارة في أواخر القرن السادس عشر الميلادي متسترة بأهدافها التجارية، ولم تكشف عن أهدافها الحقيقية إلا بعد قريب من قرن، ولم يصلوا إلى السيطرة الجزئية على بعض مناطق شبه القارة إلا بعد مرور قرن ونصف.

(17) حدثت هذه التطورات القانونية بعد نجاح انجلترا في إحكام قبضتها على شبه القارة الهندية ودخول الحكومة الانجليزية ذاتها مباشرة إلى الهند بدلاً من تركها الأمر للشركة الشرقية. ففي مايو 1875 م [1292 هـ] حدثت ثورة ضخمة في الهند قام بها المسلمون ضد الانجليز اضطرت الحكومة البريطانية للتدخل، وقد أدى نجاحها في قمع هذه الثورة إلى فتح الطريق أمامها للاستيلاء على =

تلقوا تدريبهم في محيط القانون الانجليزي فقد لجأوا بطبيعة الحال إلى إدخال احكام هذا القانون، نتيجة لرغبتهم في تحقيق الوحدة لأحكامهم في مجتمع معقد التركيب من ناحية وللصعوبة التي عانوها عموماً في الإدراك الصحيح لنصوص التشريع الإسلامي من مصادره العربية الأصيلة من ناحية أخرى. وحقيقة كانت العدالة والإنصاف والضمير السليم، متطابقة مع فهم القانون الانجليزي لها. فكان من الطبيعي أن يؤدي هذا إلى تقنين أجزاء هامة من القانون المدني، احتذى فيها النمط الانجليزي، كي ينحصر التشريع الإسلامي منذ أواخر القرن التاسع عشر في شبه القارة الهندية - كغيرها - في مجال التشريع الأسري.

وقد ساد هذا الموقف نفسه إلى حد كبير في السودان في فترة مقارنة إبان الحكم الانجليزي المصري المشترك⁽¹⁸⁾، ففي سنة 1899 م [1317 هـ] صدر قانون جنائي يعتمد على نظيره الهندي، وإن عدل ليناسب الظروف السودانية، ومن تلك التعديلات احتفاظه بنظام الدية الإسلامي، ليحكم بها في قضايا القتل الخطأ بين هذه المجتمعات التي كانت منظمة على أسس قبلية. أما القانون المدني فلم يقنن من أحكامه سوى ما يتصل بمسائل معينة كالإفلاس والتعامل «بالكمبيالات» والشركات المحدودة المسؤولية، غير أنه قد اكتسب الطابع الانجليزي - كنظيره الهندي - بفضل مبدأ العدالة والإنصاف والضمير السليم، لدرجة أن محاكم السودان ظلت تسترشد (وإن لم تلتزم) بالقانون العرفي الانجليزي. وقد تحدد اختصاص المحاكم الشرعية أخيراً بقانون «المحاكم السودانية الشرعية» الصادر سنة 1902 م [1320 هـ]، والذي قرر أن لها النظر في الدعاوي التي تنشأ بين المسلمين فيما يتصل بالزواج والطلاق والولاية على الصغار وسائر العلاقات الأسرية. . . وكذا بالوقف والهبة والميراث والوصايا والحجر والولاية على المحجور عليه أو المفقود.

وعلى الخلاف من هذه المناطق التي تحدثنا عنها فيما سبق فقد احتفظت مراكز

= بعض المناطق الإسلامية الأخرى التي لم تكن خاضعة للمنفذ الانجليزي من قبل. ومن اليسر أن نفهم في ضوء ذلك هذه التطورات التي ذكرها المؤلف.

(18) من الواضح أن المؤلف يريد بالإشارة إلى شركة مصر في هذه السيطرة تقليل مسؤولية انجلترا عما حدث من تطورات قانونية في السودان وإحاطة بعض هذه المسئولية بعنصر إسلامي. والمعروف تاريخياً أن مصر كانت قبل هذا التاريخ محكومة من انجلترا.

وتونس ونيجيريا الشمالية بنظام تشريعها الإسلامي التقليدي معمولاً به لم يسس حتى فترة قريبة جداً. وليس مرد ذلك إلى الطابع المحافظ المتأصل في هذه الشعوب فحسب، ولا لأن اتصالحم الوثيق بالحضارة الغربية قد حدث في فترة متأخرة نسبياً، بل يرجع كذلك إلى أن صيغ الحماية التي اتخذها الحكم الاستعماري (التي بسطتها فرنسا على تونس سنة 1881 م [1299 هـ] ومراكش سنة 1912 م [1331 هـ] وفرضتها بريطانيا العظمى على نيجيريا الشمالية سنة 1912 م) نزعَت إلى استبقاء الوضع الراهن آنذاك دونما تغيير فيه.

غير أن اختصاص المحاكم الشرعية التي يقوم عليها القضاء التقليديون في مراكش وتونس قد اقتصر أثناء الاحتلال الفرنسي على مسائل القانون الأسري، بينما أسندت معظم القضايا المدنية والقضايا الجنائية كلها إلى محاكم أخرى تتمثل في محاكم القواد والوزراء في تونس، وفي محاكم القواد والباشوات في مراكش. وتعتبر هذه الأزواجية إلى حد كبير تعبيراً بالغاً عن الفصل بين المحاكم الشرعية والوضعية أو العلمانية⁽¹⁹⁾، وإن لم يتجاوز في الواقع هذا الفصل التقليدي بين القضاء الشرعي العادي وقضاء المظالم. فقد بقي القانون الذي تطبقه هذه المحاكم العلمانية - أو المظالم - في كل حالة إسلامية في أساسه أمداً طويلاً، مع الأخذ في الاعتبار بما حدث من تطورات خاصة للفقه التقليدي في مراكش عن طريق ظاهرة العمل القاسي (انظر ص 285 فيما سلف). نعم، لقد صدر في تونس قانون الالتزامات والتعاقدات سنة 1906 [1324 هـ]، غير أنه اعتمد اعتماداً راسخاً على المصادر الإسلامية، وكان الهدف منه هو مجرد تحقيق الوحدة والثبات للتطبيق القانوني⁽²⁰⁾، ولم يؤخذ في هذين البلدين بالقانون الفرنسي أخذاً مباشراً إلا في السنوات القليلة الأخيرة⁽²⁰⁾؛ فعل سبيل المثال

(19) يكرر المؤلف هنا زعمه بشأن الخلاف بين ولاية القضاء وولاية المظالم إلى الحد الذي يكاد يشبه - في رأيه - الخلاف في العصر الحديث بين المحاكم الشرعية والوضعية. وقد ناقشت هذا الزعم في حيته وفي التعليق المجمل الذي ورد في آخر الفصل التاسع، فارجع إليه هناك أن أردت.

(20) هذا الذي حدث في الواقع فيما يشير إليه المؤلف يدل دلالة واضحة على أن الحكام المسلمين - أو أكثرهم - بعد وصول بلادهم إلى الاستقلال السياسي قد ساروا - خلافاً للمتوقع - على الدرب نفسه الذي رسمه المستعمر في الاستعداد من القوانين الغربية، بل إن بعضهم حقق ما لم يحققه المستعمر نفسه في هذا السبيل. ويستطيع القارئ التحقق من ذلك بمتابعة الأمثلة التي ذكرها المؤلف لما قدمته الحكومات الوطنية (المسلمة) من قوانين تعتمد اعتماداً كلياً على المفاهيم الغربية.

صدر سنة 1954 م [1374 هـ] في مراكش قانون جنائي احتفظ احتفاظاً سطحياً بالتحريم الشرعي للزنا، حيث قرر له عقوبة لا تتجاوز السجن لسنة أشهر، كما صدر هناك أيضاً سنة 1960 م [1380 هـ] قانون التجارة والقانون المدني والمرافعات التجارية، وقانون التجارة البحري الذي صدر في تونس سنة 1962 م، وكلها مستمدة من القانون الفرنسي على وجه التحديد.

وفي الشمال النيجيري كان الفقه المالكي التقليدي أثناء فرض الحماية هو الفقه الذي كانت تقوم محاكم القضاة والمظالم الخاصة بالأمراء على تطبيق أحكامه في القضايا المدنية والجناية جميعها، سوى ما يتصل منها بإقطاع الأرض، حيث ساد العرف في هذا المجال. وفي ظل السياسة البريطانية القاضية بعدم التدخل في مسائل الدين والمحافظة «على القانون الأصلي والعرفي» تمزجت سيادة القانون الشرعي إلا أن المحاكم لم يكن مسموحاً لها بأن تفرض في الجنايات عقوبات تتناقض، على حد تعبير اللورد لوجارد، مع «العدل الطبيعي والإنسانية»⁽²¹⁾. والمعنى بذلك عقوبة قطع اليد في السرقة والرجم في الزنا، وإن كانت لا تطبق في الواقع إلا نادراً. غير أن حد الجلد في زنا غير المحصن وشرب الخمر والقذف قد ظل معمولاً به، رغم أن أسلوب تطبيقه التقليدي يدل دلالة واضحة على أنه يمثل لوناً من التشهير العام والكفارة الدينية أكثر من كونه عقوبة عضوية، فيجب على القائم بالجلد أن يمسك بالسوط بين أصابعه، وأن يحتفظ بحجر أو ما يشبهه تحت إبط ذراعه القابضة على السوط، وألا يرفع ساعده عن مستوى مرفقه وهو يجلد.

ومع ذلك فلم تكن ولاية المحاكم المطبقة للفقه المالكي في المجال الجنائي شاملة لكل أحوال التقاضي التي يكون الخانة فيها مسلمين، إذ كانت هناك أيضاً محاكم بريطانية تعمل بمقتضى القانون الانجليزي الممثل في القانون الجنائي النيجيري. وتتنوع الظروف التي تحدد ما إذا كان القانون الإسلامي أو الوضعي هو المختص بالتطبيق، وما إذا كانت محكمة الأمير الذي وقعت جريمة من الجرائم الخطيرة في إمارته هي المختصة بنظرها في ظل قانون ترتيب المحاكم المحلية أولاً، وفي قضايا القتل فإن مسألة تحديد القانون المختص بالتطبيق مما يمكن أن يكون بالنسبة للمتهم مسألة حياة أو موت، فالفقه المالكي يعتبر القتل عمداً، يميز لوارث القتل المطالبة بدم الجاني، إذا

(21) اللورد لوجارد laugard هو أول حاكم عام لنيجيريا. وبذا كانت هذه العقوبات متناقضة مع العدل والإنسانية من وجهة نظر اللورد فهي لم تكن كذلك من وجهة نظر المسلمين الذين احتفظوا بتطبيقها ثلاثة عشر قرناً قبل أن يعرفوا اللورد وأمثاله.

حدثت الوفاة نتيجة أي فعل من شأنه أن يفضي بذاته إلى القتل غالباً، حتى لو لم توجد نية القتل أو إحداث إصابة جسيمة، كما يدخل في العمد لدى فقهاء هذا المذهب أن تحدث الوفاة بأي فعل عدواني، سواء احتمل هذا الفعل الإفضاء بذاته إلى القتل أم لا. وحيث لا يعترف المالكية بدفع صفة العمد على أساس حدوث القتل نتيجة استفزاز المقتول للقاتل فالظاهر أن الحكم لديهم هو العقاب بالقتل على جنائيات لا تصل إلا إلى مرتبة القتل الخطأ في القانون الجنائي النيجيري. وقد اتضح هذا التباعد بين النظامين تماماً في ذلك الجدل التشريعي الذي ثار سنة 1947 م [1367 هـ] حول حق المحكمة العليا بشأن أحكام الإعدام الصادرة من المحاكم الأهلية طبقاً لشروط النظر الشرعي في جنائيات لا تصل إلا إلى مرتبة القتل الخطأ في القانون الجنائي النيجيري. وما إذا كان لهذه المحكمة الحق في الاعتراض على هذه الأحكام أو لا. ولا يمكن اعتبار قاعدة وجوب ألا تفرض المحاكم الأهلية عقوبة تزيد على العقوبة القصوى المقدرة في هذا القانون الجنائي - قانوناً مستقراً بأي حال من الأحوال حتى سنة 1957 م [1377 هـ].

وبالرغم من ذلك فإن الاعتبارات التي قادت إلى تبني القوانين الجنائية الحديثة في سائر بلاد العالم الإسلامي قد نشأت كذلك في نيجيريا الشمالية، حيث كان الشعور فيها بالحاجة إلى الإصلاح أكثر إلحاحاً مع وصولها إلى الاستقلال. ومن ثم صدر قانون جنائي جديد في سنة 1959 م [1379 هـ]. وتبعه قانون المرافعات الجنائية سنة 1960 م [1380 هـ]. ويعتمد هذا القانون الجنائي الجديد على نظيره السوداني، ولذا يرتد بأصله إلى القانون الجنائي الهندي الذي أعد مشروعه اللورد ماكولاي Macaulay سنة 1837 م [1253 هـ]، فلا يحتفظ لذلك بالطابع الإسلامي التقليدي إلا في أمر واحد، هو جواز عقاب المسلم بالجلد في جنائيات الزنا والقذف وشرب الخمر علاوة على العقوبات الأخرى التي حددها القانون لهذه الجنائيات. غير أن القانون النيجيري لا يحتفظ بنظام الدية في شكله التقليدي - خلافاً لنظيره السوداني - فقد أوجب التعويض في بعض الأحوال على الجاني مع العقوبات الأخرى المحددة في القانون، أو بدلاً عنها. لكن إيجابه هذا إنما ينحصر في إطار صيغ المسؤولية الجنائية التي أخذ بها القانون النيجيري نفسه، ولذا فمن الواضح أن هذا التعويض لا يمكن أن يحمل محل الدية الواجبة في قضايا القتل الخطأ⁽²²⁾. ومن الجدير بالملاحظة أخيراً أن هذا القانون الجنائي قد أسند تطبيقه إلى المحاكم القائمة بالفعل، وهذا المنهج سيؤدي بطبيعة الحال إلى تحول هام في أسلوب تدريب القضاة المسلمين⁽²²⁾.

(22) من المؤلف أن تحدث مثل هذه التطورات في ظل الحكومات الوطنية؛ فقد كان التوقع منها أن =

ولم يكن الأخذ بالقوانين الغربية ليتحقق بدون صعوبات، يقتضيها مثل هذا التحول، في كثير من البلاد الإسلامية. ففي تركيا على سبيل المثال كانت السجون مبنية كي تناسب الحبس الجماعي للمذنبين الذين لم يكونوا مكلفين بعمل ما. غير أن القانون الجنائي الإيطالي الذي تبنته تركيا سنة 1926 م [1345 هـ] قد اشتمل على نصوص تتضمن الحبس الانفرادي والحبس مع العمل، فكان تطبيق هذه النصوص تطبيقاً كاملاً أمراً غير ممكن واقعياً إلا بعد أن أقيمت سجون جديدة تناسب هذه المقاصد. كذلك كان المدين المماطل في السداد يحبس طبقاً للتشريع الإسلامي فيما كان معمولاً به في تركيا، وحينما ألغيت هذه العقوبة في القانون المدني سنة 1927 م [1346 هـ] لجأ مثل هذا المدين إلى إخفاء أمواله تهرباً من السداد إلى الحد الذي فرض على الحكومة أن تسارع إلى إصدار عقوبات تحول دون ذلك⁽²²⁾. وفي بلاد أخرى نشأت بعض المشكلات نتيجة وجود القوانين الإسلامية والغربية جنباً إلى جنب. ويرد مثال طريف لذلك في قضية وقعت حديثاً في السودان، وهي تتعلق بتفسير تلك الفقرة التي انطوى عليها قانون الإيجارات والتي تميز للمؤجر استرداد حيازة البيت المؤجر إذا كان سيستخدمه سكناً لنفسه. وفي هذه القضية⁽²³⁾ أراد مؤجر مسلم استرداد ثلاثة بيوت طبقاً للدول هذه الفقرة، بما يلي:

الأول أن الزوج وزوجته لها اعتبار واحد في القانون العربي الانجليزي، فانتفاع الزوجة بالبيت إنما يمثل انتفاعاً للزوج نفسه بهذا البيت.

والثاني أن كل زوجة من زوجات المسلم تستحق بيتاً مستقلاً، تفرعاً على حقها الشرعي في المعاملة المتسطة.

والثالث أنه وهو زوج مسلم ملزم بمعاملة زوجاته معاملة متساوية.

وقد اقتنعت محكمة الاستئناف بحججه هذه، فأعادت إليه البيوت الثلاثة.

غير أن مثل هذه المشكلات الصغيرة لم تغير تغيراً ذا بال في حقيقة أن البلاد الإسلامية المختلفة قد نجحت في استيعاب القوانين الغربية، وأن هذه القوانين التي ربما كانت مفروضة في من عل قد تحققت لها نوع من التوافق⁽²⁴⁾ مع طبيعة الجماهير.

= تكلف على خدمة دينها وتطبيق أحكام الشريعة، بدلاً من الاستمرار في الطريق الذي رسم للمستعمر بداياته، ووكّل إلى بعض المنتسبين للإسلام تنفيذه بعد رحيله عن البلاد. (23) لا وجود لهذا التوافق في الواقع، فتطبيق أحكام الشريعة يمثل المطلب الملح لهذه الجماهير، ويأبى للنت وجود أي نوع من التوافق مع قوانين مستوردة تعكس مزاج شعوب أخرى، وفلسفتها =

المسلمة. أما معارضة استمداد القوانين الوضعية فقد أعرب عنها بطبيعة الحال علماء الشريعة، وإن لم تقو معارضتهم⁽²⁴⁾ هذه أبداً إلى الحد الذي يمثل عقبة تعوق هذا الاستمداد وتمنعه. فقد كان الموقف السائد بوجه عام هو أن السماح لأحكام الشرع بالابتعاد عن مجال العمل القانوني، بما يؤكد من بقاء هذه الأحكام سليمة مصونة، هو الأفضل من إجراء نوع من التدخل الجذري في مبادئها، حسب ما تقتضيه الظروف الحديثة. وإلى جانب ذلك فقد استقر الفقه الإسلامي على الاعتراف بحق الحاكم - بما له من ولاية المظالم - في أن يضيف إلى أحكام الفقه الثابتة في مجال القانون العام وفقه المعاملات المدنية أحكاماً أخرى، وربما لا يبدو استمداد الحاكم من القوانين الغربية وفي هذه المجالات سوى نوع من التوسع الضروري في استعمال هذا الحق المعترف به. ومن ثم فلم يكن اعتبار القوانين الجنائية الجديدة في الشرق الأوسط من قبيل ممارسة الحاكم لسلطانه في اتخاذ التدابير الموافقة للسياسة - ولسلطته في التعزيز بخاصة - مجرد محاولة سطحية لتبرير هذه القوانين وتسويقها.

ومن ناحية أخرى كان القانون الأسري هو معقل الشريعة وملاذها، فأدى استمداد القوانين الوضعية والغربية في المجالات الأخرى إلى إيجاد تلك الأزدواجية الحادة التي أفضت إلى زيادة تأكيد المغزى الديني والإسلامي للشريعة، ودعم قدرتها على ضبط المسائل التي بقيت في نطاقها. ونستخلص مثلاً واحداً لهذا الاتجاه الرامي إلى دعم موقف الشريعة - في صيغها التقليدية من القانون الشرعي الصادر في الهند سنة 1937 م [1356 م] حيث نص على أن الشريعة هي التي تمثل قانون المسلمين الأساسي في مجال الأحوال الشخصية - إلى جانب الميراث والهبة والوقف - وهدف إلى نحو الممارسات العرفية المعارضة لأحكام الشرع، مما كان سائداً لدى بعض فئات

= الخاصة. وقد قرر المؤلف نفسه في مناسبات أخرى أن القانون ينبغي أن يتطور من واقع المجتمع ومن ظروفه هو، وهو هنا يعترف بأن هذه القوانين الأجنبية الأصل قد فرضتها الحكومات المختلفة، فكيف يوفق بين رؤيته للقانون على هذا النحو وبين ما ادعاه من انتهاء هذه القوانين الأجنبية إلى التوافق مع طبيعة الجماهير المسلمة؟.

(24) عبر علماء الشريعة عن سخطهم على هذه القوانين بكل ما في طاقاتهم من قوة، وأعلنوا وجوب الرجوع إلى حكم الله عز وجل، وجاهدوا في هذا السبيل بكل الطرق المتاحة. كما أنهم لم ينفردوا بشرف الدعوة إلى ذلك، بل شاركهم كثير من رجال القانون الوضعي الذين نددوا به، وضحو بأنفسهم في سبيل العودة إلى أحكام الشريعة، كما يشاركونهم كل أصحاب الاتجاهات الإسلامية ومعهم في ذلك طوائف الشعب المختلفة. ويشهد الاتجاه إلى ذلك يوماً بعد يوم، حتى لم يعد يخطئه النظر.

المجتمع المهندي. غير أن المعايير والمفاهيم الغربية قد أوجدت بعض الدوافع للإصلاح في مجال القانون الأسري أيضاً. وقد بدأ أول الأمر أن هذا «الإصلاح» نتيجة لا معدى عنها للمشكلة الناجمة عن التناقض بين احتياجات المجتمع والأحكام الفقهية التي رمت بالجمود وعدم التطور، مما أدى إلى تبني القوانين الغربية في المجالين المدني والجنائي. ولئن رأت تركيا الحل الوحيد المتاح أمامها هو الخروج الكامل على أحكام الشريعة والأخذ بالقانون الأسري السويسري في سنة 1927 م [1346 هـ] فإن هذا الحل لم تقتد به أية دولة مسلمة أخرى، وذلك من بين الطالع بالنسبة للتشريع الإسلامي في مستقبل تطوره. ولقد أدى انعقاد العزم على استبقاء تطبيق الأحكام الشرعية إلى تحديد الوسيلة المناسبة لذلك في العمل على تحقيق التلاؤم بين النظر الشرعي التقليدي وظروف الحياة الحديثة، فيما استقرت عليه أكثر البلاد الإسلامية. أما أفغانستان، وأكثر البلاد الواقعة في شبه الجزيرة العربية، ونيجيريا الشمالية، وبعض البلاد المستعمرة كتنزانيا فقد نأى بعضها عن الإسهام في هذا التطور وأخذ بعضها الآخر منه نصيب ضئيل، وإن دلت الشواهد الحالية على أن أوان اشتراكها لن يتأخر طويلاً. ومن ثم فيستصرف اهتمامنا فيما يلي إلى فئة الأسرة وظاهرة تطوره الحديث لدى أغلبية الشعوب⁽²⁵⁾ المسلمة.

(25) تناول المؤلف في هذا الفصل أخطر ظاهرة أصابت الفقه الإسلامي في العصر الحديث، وهي ظاهرة إجلاته في التطبيق إلى مجال «الأحوال الشخصية» والأخذ بالقوانين الغربية في المجالات الأخرى. وتتصل أسباب هذه الظاهرة - في رأيه - بتطلع المجتمع الإسلامي إلى إعادة تنظيم نفسه حسب المفاهيم والمعايير الغربية، وعجز الفقه عن التواءم مع الآراء التي تبناها العالم الإسلامي في العصر الحديث بعد ازدياد احتكاكه بالقيم الغربية. غير أن المؤلف قد عاد بعد ذلك ليؤكد ارتباط حدوث هذه الظاهرة في مناطق الاحتلال الفرنسي والهندي بقوى السيطرة الغربية وجيوش الغزو الأوروبي.

ومن مجموع الملاحظات التفصيلية يتضح على نحو حاسم أن فرض القوانين الأوروبية الأصل قد واكب النفوذ الأجنبي، وسأيره قوة وضعفاً، لا فرق في ذلك بين مناطق التسلط الفرنسي أو الإنجليزي أو الهولندي أو الإيطالي. ويمكن تأكيد ذلك بالنظر إلى الملاحظات التالية:

(أ) يتضح من النظر إلى تطور النفوذ الإنجليزي في شبه القارة الهندية أن الانجليز عملوا على إقامة محاكم بريطانية تطبق قوانينهم في المناطق التي يحتلوها بمجرد استقرارهم فيها، على حين بقيت أحكام الشريعة مطبقة في الأماكن الأخرى التي تأخر وصول الانجليز إليها نسبياً. ولم يتم فرض النظم القانونية الإنجليزية في شبه القارة عموماً إلا بعد التدخل المباشر للحكومة الإنجليزية عقب أحداث ثورة 1875 م [1292 هـ]. وقد حدث مثل ذلك تماماً في مصر بعد هزيمة عرابي ودخول الانجليز مصر ثم فرض قانون مدني مستمد من قانون المحاكم المختلطة؛ كما أن الأمر في السودان لا يخرج عن ذلك أيضاً.

=

(ب) أما البلاد العربية والإسلامية التي لم تكن خضعت في أواخر القرن التاسع عشر للاحتلال الغربي فقد استمرت على الالتزام بأحكام الشريعة، بل وأسرت كذلك بانحياز بعض الحظوات الإصلاحية التي من شأنها أن تدعم التزامها هذا وأن تبرز قدرة الفقه الإسلامي على قبول «الصياغة التقنية» التي كانت قد وصلت إليها بعض القوانين الأوروبية، وهذا ما قد يتضمنه صدور تقنيات مجلة الأحكام العدلية في سياق محاولات الدول الغربية فرض قوانينها على العالم الإسلامي في القرن التاسع عشر.

(ج) لم يستسلم المسلمون لتلك المحاولات الرامية إلى فرض القوانين الأجنبية، بل عمدوا إلى مقاومتها في حدود الوسائل المتاحة لهم، والتي كان من الطبيعي ألا تؤدي في ظروف هزيمتهم العسكرية إلى نتائج عملية بعيدة المدى. ويدل على هذه المقاومة الاهتمام الدراسي بالفقه الإسلامي، وهو ما يتمثل في تحقيق كتبه وطبعها لتيسير الإطلاع عليها، كما يتجلى في نشاط مطبعة بولاق بمصر في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، وعقد المؤتمرات والندوات، وإنشاء المعاهد المتفرغة لتعليمه - كمدرسة القضاء الشرعي في مصر التي لا بد أن يشار إليها في هذا الصدد، ومدرسة ديوبند في الهند، وإقامة أقسام الشريعة بالجامعات المختلفة. ويدل على هذه المقاومة كذلك أن كل الحركات الإسلامية الصادقة - كالإخوان المسلمين في البلاد العربية والجماعات الإسلامية في الهند - قد وضعت تطبيق الشريعة في مقدمة أهدافها.

(د) من الطبيعي - مع ذلك - أن تنشأ في العالم الإسلامي فئة، هم طلع الهزيمة وشعرتها المشؤمة، تنتصر للقوانين الأوروبية الأصل وتدعو إلى تطبيقها. ومن هؤلاء الأتراك الكماليون ومقلدتهم في مصر وغيرها الذين ردوا مقولة تلخص موقفهم، وهي: «نحن لا نريد شرعاً فيه قال وقالوا ولكن شرعاً فيه قلنا ونقول» (344/2) حاضر العالم الإسلامي - لو ثروب ستودارد، بتعليق الأمير شكيب أرسلان) ولا تزال مقاليد الأمور في البلاد الإسلامية عموماً لهذه الفئة مع الأسف، وإن دلت الشواهد على أن مواقفها غير المنطقية بسبيلها إلى التمدل بتأثير عوامل الجذب التي تتجمع بفضل النهضة الدراسية للتفكير الفقهي الإسلامي وصحة العمل الإسلامي في المجالات المختلفة.

الفصل الثاني عشر

تطبيق الشريعة في البلاد الإسلامية في الوقت الحاضر

فما يتعلق بتطبيق فقه الأسرة عرف التراث الإسلامي التقليدي نظاماً قضائياً واحداً يتمثل في المحكمة ذات القاضي الواحد. فلم يكن هناك تدرج في ترتيب المحاكم ولا نظام الاستئناف، وإن استطاع المدعي المتضرر أن يطلب تدخل السلطة السياسية عن طريق رفع الأمر إلى ولاية المظالم⁽¹⁾. غير أن هذا النظام الذي يتسم بالبساطة لم يعد مطبقاً في البلاد الإسلامية في العصر الحديث، فقد أخذت جميعها، بما فيها المناطق الأكثر محافظة بنظام الاستئناف؛ إذ كان إنشاء محكمة الاستئناف الإسلامية في شمال نيجيريا عام 1956 م [1376 هـ] واحداً من أحدث التطورات في هذا الصدد، وهناك الآن في المملكة السعودية وأفغانستان نوع من التدرج القضائي وتعدد القضاة عند النظر في القضايا الهامة. وقد قامت مصر سنة 1955 م [1375 هـ] وتونس سنة 1956 م [1376 هـ] بإلغاء المحاكم الشرعية تماماً، فآل إلى المحاكم الوطنية في كلا البلدين أمر تطبيق الأحكام الشرعية للأسرة إلى جانب قيامها بتطبيق القانونين المدني والجناحي. وفي الجزائر تعمل المحاكم الشرعية للقضاة باعتبارها محاكم ابتدائية فقط، على حين يختص قضاة المحاكم المدنية العادية بالنظر في الاستئناف، وفي الهند وكل تطبيق الأحكام الشرعية طيلة قرنين تقريباً إلى المحاكم المدنية العادية التي رجع النظر في استئناف أحكامها إلى اللجنة القضائية التابعة للمجلس السامي قبل الاستقلال عن الحكم الانجليزي وانفصال باكستان. وأكثر من ذلك فإن قوانين الإجراءات والإثبات

(1) راجع التعليق السابق بشأن ولاية المظالم.

التي كانت مطبقة في المحاكم الشرعية قد اصطبغت تدريجياً بالصيغة الحديثة إلى حد كبير خلال القرن الحالي في أكثر البلاد الإسلامية باستثناء تلك البلاد الشديدة المحافظة.

ومتزج أحكام القانون الموضوعية في كثير من النظم تماماً بقواعد ترتيب المحاكم وإجراءات التقاضي. أما الأحكام الموضوعية الإسلامية فقد كان لها - بحكم أصلها التاريخي - وجودها المستقل إلى حد كبير عن الجوانب الإجرائية في التقاضي. ومن ثم فإنه من الناحية النظرية كانت إعادة ترتيب المحاكم الشرعية وتنظيم سير الدعوى فيها أمراً منفصلاً ومتميزاً عن الأحكام القانونية الموضوعية التي تقوم هذه الأحكام بتطبيقها. أما من الناحية الواقعية فقد دخلت في نسج هذه الأحكام بعض التعديلات الهامة، مما يعد نتيجة طبيعية للظروف المحيطة بتطبيق الأحكام الفقهية التقليدية في الأزمنة الحديثة. وقد تحققت بنجاح بعض الإصلاحات للأحكام الشرعية الموضوعية عن طريق تدخل السلطات السياسية مباشرة، كما سئرى في الفصلين التاليين، غير أن هدفنا في هذا الفصل هو تناول تطور التطبيق القانوني بوجه عام مع المقابلة على وجه الخصوص بين الأوضاع التي نشأت بهذا الصدد في شبه القارة الهندية، والتي تبدو متميزة إلى حد كبير، من ناحية، والأوضاع التي نشأت في منطقة الشرق الأوسط من ناحية أخرى.

أما في شبه القارة الهندية فإن إسناد تطبيق الأحكام الشرعية إلى محاكم بريطانية أو شبه بريطانية تخضع لسلطة المجلس السامي The Privy Council وقراراته قد أدى إلى امتزاج ملحوظ بين القانونين الإسلامي والإنجليزي. وقد نشأ عن هذا الامتزاج ما اصطلح عليه حقاً بالقانون «الأنجلو إسلامي». (2) Anglo Mohammadan Law

(2) شرعت شركة الهند الشرقية في إقامة محاكم انجليزية منذ سنة 1772 م - 1186 هـ في المناطق التي احتلتها وخضعت لنفوذها في شبه القارة الهندية. وكانت الأحكام التي تقوم هذه المحاكم بتطبيقها مستمدة من المذهب الحنفي بالنسبة لأهل السنة، ومن الجعفري بالنسبة للإمامية الاثني عشرية. وقد حل القضاء الانجليزي بذلك محل القضاة المسلمين في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وإن استعانوا في عملهم بهؤلاء المفتين الذين انحصروا واجبه في تزويد هؤلاء القضاة بالحكم الشرعي في القضية المروضة عليهم، دون مشاركة من المفتين في تحديد الحكم القضائي. وقد أخذ الانجليز بعد ذلك بسياسة تعيين قضاة مسلمين في هذه المحاكم من بين العناصر المثقفة باللغة القانونية الانجليزية، مع أن المفروض من الناحية الرسمية أن وظيفة هذه المحاكم هي تطبيق أحكام المذهب الحنفي. وبهذه الطريقة ضمن الانجليز إحداث التغيير القانوني الذي أرادوه على

حيث أدى اختلاط قواعد القانون الانجليزي ومفاهيمه بالقانون الشرعي الذي كانت تطبقه المحاكم الهندية إلى أن يصبح هذا القانون مختلفاً في جوانب عديدة عن الأحكام الشرعية التقليدية. غير أن هذا الاختلاف لم يكن نتيجة محاولة عمدية استهدفت صياغة التشريع الإسلامي على هذا النحو الجديد، بل على العكس من ذلك كان السعي الجاد من أعضاء هذه المحاكم لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي - في حدود فهمهم لها - أمراً لا ينبغي التشكك فيه. فالواقع أن هؤلاء الأعضاء لم يتحقق لهم بطبيعة الحال من العلم بالأحكام الشرعية ولا التمسك بحجيتها المطلقة ما تحقق لنظرانهم من القضاة العرب مثلاً، وتبعاً لذلك فقد تميز النشاط القضائي في شبه القارة الهندية بلمحين أساسيين، نحاول إبرازهما فيما يلي:

[أ] أولها أنه لم يكن في طوق هذه المحاكم قبول الالتزام بالموروث الفقهي أو تقديره حق قدره، فلم تتردد لهذا في صياغة قواعد جديدة ألحقتها بالأحكام الفقهية التقليدية، حينها بدا لها ذلك ضرورياً لتحقيق العدالة والإنصاف بوجه عام. فعلى سبيل المثال أخذت دعوى الترملة لحقها في المهر الذي لم تقبضه أولوية الاستيفاء من تركة الزوج؛ فإن الحكم المعروف في القانون «الأنجلو اسلامي»، ولو على نحو غير دقيق، بتقديم الأرملة على سائر الغرماء Widow's Lien - يتيح لها الحق في استمرار حياة

= نحو هادى، تدريجي لا يستفز مشاعر المسلمين إلى الحد الذي يجمع كلمتهم ضده. وهذه التغييرات التي أدخلها القضاة الانجليز ومن على شاكلتهم هي التي أدت إلى وجود هذا القانون المختلط الذي اصطلح على تسميته بهذا الاصطلاح الغريب حقاً. ويجب أن نشير إلى أن القانون الانجليزي في هذه الفترة - أواخر القرن الثامن عشر وإلى منتصف القرن التاسع عشر - قد كان ما يزال يتحسس طريقه إلى النضوج، ولم يكن لديه ما يعطيه لأحد مطلقاً؛ ففي هذه الفترة كان يجري في بريطانيا نوع من التوفيق بين قانونها العرفي الذي اُسم بالجُمود والتخلف وبين تطبيقات فكرة العدالة القائمة على أسس العدل الطبيعي التي تبلورت في القانون الروماني والتي أمدت القانون العرفي بأفضل عناصره، بينما كانت محاكم المسلمين في الهند في هذه الفترة ذاتها قد عرفت طريقها للرجوع إلى مؤلفات صفها فقهاء شبه القارة أنفسهم كالفتاوى المالكية وتطبق قانوناً هو بأي مقياس أبعد في الرقي والنضوج من هذا القانون الذي كان ما يزال غير محدد القوام أو السمت، ولم يصل إلى موقف نهائي بشأن مبادئ العدالة التي عثر عليها في القانون الروماني. لقد اتزم المسلمون عسكرياً فحق للمستمر أن يفرض عليهم بضاعة كانت في مرحلة التصنيع. ولذلك تبدو الأحكام التي أحلها القضاة الانجليز ومن على شاكلتهم على الأحكام الفقهية الإسلامية فيما شمله القانون «الأنجلو اسلامي» أقل تفجساً مما كان عليه العمل في الهند قبلاً.

التركة في حدود القانون ودون أن يتعرض لها أحد حتى تستوفي مهرها الذي لم تقبضه⁽³⁾، ورغم أن هذا الحكم قد يعد نوعاً من التطبيق لمبدأ «الظفر بالحق Self help⁽³⁾» الذي أقرته الشريعة فإن الحكم الفقهي التقليدي يعتبر حق الترملة في هذه الحالة من قبيل ديون الذمة العادية، لا يتقدم حقوق سائر الغرماء⁽⁴⁾. وأيضاً فإن الأحكام الفقهية التقليدية للهبة- التي ظلت دائماً ضمن الموضوعات الخاصة للشريعة في شبه القارة الهندية- تقوم على أساس من المبدأ القاضي بتوقف نفاذ الهبة على القبض⁽⁵⁾. وحينها بدا أن الالتزام الكامل بهذا المبدأ المتشدد قد ينطوي على نوع من المشقة والظلم في ظل الظروف الحديثة⁽⁶⁾ جرى تيسيره بصدور التعديل الهام المتمثل في مبدأ «التسليم الحكمي»، وهو المبدأ الذي حظي باعتراف ضئيل في النظر الفقهي. ومن أبرز ما يتصل بذلك ما قضى به الأحناف من أن هبة سهم مشاع لا تكون نافذة إلا إذا قسمت هذه العين وأفرز سهم الهبة أولاً ثم سلم إلى الموهوب له⁽⁷⁾. ويشمل هذا الحكم كافة الحالات إلا إذا كانت العين «غير قابلة للقسمة»، ويقصد بهذا الاصطلاح في المفهوم التقليدي الأعيان التي تجر قسمتها حتماً إلى نقص

(3) أي حقه في الوفاء بما التزم به من ديون حال حياته وسدادها من تركته قبل التوريث، ومثل ذلك حقه في التجهيز وكل ما يتعلق بدفنه.

(4) لا يحقق هذا التعديل أية مزية، بل إنه ينافي قواعد العدالة والإنصاف في التقدير الموضوعي، مع أنه تفرع على أسس العدالة كما هو واضح من قول المؤلف. فالواقع أن المهر دين على الزوج مثل غيره من الديون الأخرى الواجبة في ذمته.

(5) الهبة عقد تبرع تنصح بالإيجاب وحده في حق الواهب وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، كيلا يدخل في ملكه ما لم يقبله (تكملة فتح القدير: 114/7). وقد اعتبر الثوري وأبو حنيفة والشافعي القبض شرطاً لصحة الهبة، واعتبره مالك شرطاً لتمامها، ولم يره أحمد وأبو ثور شرطاً لصحتها أو لتمامها. وأدلة من اشترط القبض لصحتها أن الهبة تبرع، فلو ثبت الملك بها بمجرد العقد لتوجهت المطالبة عليه بالتسليم، فيؤدي إلى إيجاب التسليم على المتبرع، وهو غير واجب. انظر في ذلك فتح القدير 115/7، وبداية المجتهد 247/2، وحاشية الدسوقي 105/4، وبجمللة الأحكام المدنية مادة 841.

(6) لا أدري ما نوع المشقة أو الظلم الذي يجر إليه اشتراط القبض في الهبة لتمامها.

(7) يفرق الأحناف في هبة المشاع بين أن يكون قابلاً للقسمة أولاً، وضابطه كما في العناية أن كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصاناً في ماله لا يمتثل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يمتثلها. فيرون صحة هبة المشاع فيما لا يقبل القسمة مطلقاً، على حين اشترطوا التحويز والقسمة فيما يقبلها. فتح القدير: 121/7. ولا يشترط الجمهور ذلك، بل تجوز هبة المشاع فيما يقبل القسمة بدون اشتراط القسمة فيه. بداية المجتهد: 247/2.

الانقضاء بها. بيد أن الأحكام القضائية في الهند قد قيدت وجوب القسمة في هبة المشاع إلى أصص الحدود، بأن قدمت - أولاً - عدداً من الاستثناءات الخارجة على قاعدة الأحناف، كهبة سهم من عقار مملوك ملكية مستقرة Freehold Property أو أسهم في شركة للأراضي، وبأن أخذت - ثانياً - بتفسير آخر لما «لا ينقسم»، بحيث ينصرف إلى الأعيان التي تستغل على أفضل وجه ممكن بدون القسمة.

وفي هذه التطورات التي انتهت إليها «القانون الأنجلو إسلامي» يبدو من الواضح أن المحاكم اعتبرت الأحكام الشرعية التقليدية خاضعة للتعديل في ضوء ما تملبه معايير العدالة في التقاضي شأنها في هذا شأن قواعد القانون العرفي الأنجلو الهندي سواء بسواء. وفي الواقع فإنه يجدر أن نلاحظ انتماء كثير من قرارات المحاكم الهندية التي اكتسبت أهمية كبيرة في هذا الصدد إلى أواخر القرن التاسع عشر، أي عقب أخذ النظام القضائي الأنجلو الهندي بمبدأ العدالة وتغليب أحكامه على أحكام القانون العرفي بفضل قوانين التقاضي⁽⁸⁾ الصادرة في بريطانيا عامي 1873 م و 1875 م.

[ب] وأما التطور الآخر الذي تميزت به شبه القارة الهندية فيتمثل في التجاهل التام للأحكام الشرعية في جوانب قانونية معينة وإحلال قواعد القانون الأنجلو الهندي محلها. ولم يكن هذا الاستبدال نتيجة محاولة عمدية أيضاً⁽⁹⁾؛ فقد واجهت المحاكم - كما حدث في مجال القانون المدني - صعوبة بالغة فيما يتصل بتعيين الحكم الشرعي الذي يجب القضاء به في موضوع النزاع، وكان طبعياً في مثل هذه الظروف أن يلجأ أعضاء هذه المحاكم إلى القانون الأنجلو الهندي الأسر لهم والأعوان في نظرهم

(8) يشير المؤلف بذلك إلى الحقيقة التاريخية المتمثلة في ازدواج التطبيق القانوني الأنجلو الهندي، حيث كان هناك نوعان من المحاكم، تطبيق بعضها قواعد القانون العرفي وتطبيق الأخرى أحكاماً قضائية قامت على أساس ما تقضي به مبادئ العدالة. وقد لزمّت المحاكم العليا البريطانية بعد صدور قوانين التقاضي التي أشار إليها المؤلف بترجيح الأحكام الصادرة على أساس العدالة عند تعارضها مع الأحكام الناشئة عن القانون العرفي. وقد انتقل هذا الاتجاه نفسه للعمل به في شبه القارة الهندية، فأعطت المحاكم البريطانية القائمة في هذه المنطقة لنفسها حرية تعديل الأحكام الشرعية في ضوء السوابق القضائية الأنجلو الهندية المبنية على قاعدة العدل الطبيعي التي تبلورت في القانون الروماني.

(9) قضية أن هذا الاستبدال لم يكن محاولة عمدية قضية غير صحيحة، فإن تعيين الأنجلو قضاء لا علم لهم بالفقه الإسلامي وتنصيب مفتين لهم دور استشاري محدود إلى جوارهم كان يهدف لإحداث التغيير إلا إذا افترضنا عدم وعي الإدارة الإنجليزية بما تفعل.

على تحقيق العدالة. ولعل أحكام الميراث التي تحكم توزيع التركة في الهند وباكستان إلى الآن هي التي تزودنا بمثال بارز لهذه الظاهرة؛ ففي الفقه الحنفي - حسبما تطالعنا مؤلفاته المعتمدة - عدد من الأحكام التي ترجع إلى افتراض حياة الميت والتي تدل على اعتباره المالك للتركة في هذا المذهب، إلى أن يوفي له بالتزاماته. وهذه القاعدة ذات أثر كبير وخاصة إذا ما كانت التركة مستغرقة بالواجبات، حيث لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة بوفاة المورث، وحيث يجري أعمال المبدأ الشرعي الآخر القاضي بأنه لا ميراث إلا بعد الوفاء بالديون المختلفة. غير أن الأحكام القضائية الصادرة في الهند تكشف عن جهل مطبق بقاعدة افتراض حياة الميت هذه؛ فقد تضمنت تلك الأحكام الأخذ بنقل ملكية التركة، سواء كانت مستغرقة بالديون أم غير مستغرقة، إلى الورثة وفق سهامهم في الميراث، مثلاً كان يقضي لهم به القانون الانجليزي القديم. ومن شأن هذه الملكية أن تعرض الورثة للمسئولية الشخصية عن ديون الميت بنسبة أنصبتهم في التركة. غير أن المدين في القانون الانجليزي يستطيع التصرف في أمواله بعقد من عقود المعاوضات ما لم يفض ذلك إلى التهرب من الوفاء بالدين. ونظراً لأن الوارث يملك ما يستحقه من التركة فقد ذهب القانون الهندي إلى إعطائه الحق في التصرف في سهمه قبل سداد ديون الميت. وهكذا أدى عدم تطبيق هذا القانون لقاعدة «افتراض بقاء الميت حياً» إلى التدمير الكامل للمغزى الحقيقي للقاعدة الشرعية القاضية بأنه لا ميراث^(ك) إلا بعد دفع الديون⁽¹⁰⁾.

(10) لعل المؤلف يشير إلى قرار الحكم الصادر في قضية جفري بيجام. «Jafri Begum» سنة 1885 م - 1303 هـ. وموضوع هذه القضية أن شخصاً اسمه علي محمد خان توفي عام 1878 م - 1295 هـ تاركاً أباً وأماً وزوجة وأخاً وابنين وثلاث بنات، صغراهن هي جفري بيجام التي كان لها زوج اسمه عبد الرحمن. وقد رفع عبد الرحمن هذا قضية ضد الورثة يطالبهم بسداد دين كان له على الميت، وصدر حكم المحكمة لصالحه. ولما بعد رفع أخو الميت قضية أخرى ضد سائر الورثة يطالب بنصيبه في التركة - وليس له ميراث طبقاً للقواعد الشرعية - بناء على أنه لم يكن طرفاً في القضية السابقة فأحيل الموضوع كله للمحكمة، وقد صدر قرارها مشتملاً على النقاط التالية:

(أ) إذا ترك الميت ديناً لم يقم بسداده حال حياته فإن التركة تنتقل إلى الورثة، ويأخذ كل منهم نصيبه قبل انتفاع قيمة الديون منها. دون أن ينال ذلك من حق الغرماء في استيفاء ما لهم من ديون.

(ب) الحكم بدين في ذمة الميت على بعض الورثة الذين في يدهم التركة لا يشمل غيرهم ممن لم يأخذوا منها شيئاً.

وفي بعض الأحوال استندت الأحكام القضائية في الهند إلى فهم ناقص وغير صحيح للمصطلحات الفقهية، كما فسرت القواعد والأحكام الفقهية التقليدية في ضوء المفاهيم الخاصة بالقانون الانجليزي في أحوال أخرى.

ومن الأمثلة الدالة على ما أدى إليه حرص المحاكم الهندية على الأخذ بمفاهيم القانون الانجليزي من الحيلولة دون الفهم الصحيح للأحكام الشرعية ما ذهبت إليه تلك الأحكام بشأن هبة الأعيان لفترة معينة - وخاصة المحدودة بحياة الموهوب له - وهو ما يعرف «بالهبة مدى الحياة Life Estate» في مصطلح القانون الانجليزي؛ أي نقل ملكية أو رقة العين إلى الغير مدة معينة مع اشتراط بعض الشروط الواردة على حق هذا الغير في استعمالها أو التصرف فيها. ويتأثر هذا التصور أصدرت المحاكم الهندية العليا حكمها⁽¹⁾ برفض إنشاء الهبة المقيدة بحياة الموهوب له، في ضوء ما قرره

= (ج) إذا ادعى أحد الورثة نصيباً في الشركة ضد الورثة الذين صدر لهم حكم قضائي سابق، ولم يكن طرفاً في القضية السابقة ولا حائزاً لشيء من الشركة فإن الواجب عليه أن يقوم بدفع نصيبه في الدين - حسب نسبة استحقاقه في الشركة - قبل أن يضع يده على نصيبه في الشركة. ويعتقد فايزي في كتابه Outlines p.377 أن قرار المحكمة بينوده الثلاثة هذه ما يزال محور القضاء الهندي في مجال الميراث. وفي ذلك يلاحظ المؤلف أن جهل القضاة بقاعدة افتراض بقاء الميت حياً قد أسفر عن تدمير مفزى القاعدة الشرعية الأساسية التي تؤخر الحكم بالميراث إلى ما بعد دفع الديون. وليس هذا فحسب، بل إن هذا الأمر قد خلق كثيراً من الصعوبات العملية في مجال التقاضي.

وهكذا أحل القضاء الهندي فكره واعتبار الوارث مستولاً عن ديون الميت والتزاماته في حدود النصيب الذي سيورثه على قاعدة الأحناف المتمثلة في افتراض بقاء حياة الميت إلى حين الوفاء بالتزاماته المختلفة، حيث تؤول الشركة بعد ذلك إن بقي منها شيء - إلى الورثة.

(11) يظهر هذا الحكم في قضايا كثيرة، من أهمها قضية حميدة وبدلن Humeeda v. Budhun (1872 م)، وقضية عبد الغفور ونظام الدين (1892 م) والأصل في ذلك ما ورد في المذهب الحنفي بشأن «العصري»، وهي الهبة المقيدة بعمر الموهوب له. ففي الهداية - مثلاً - (239/3) أن العصري - كأن يقول الواهب جعلت لك هذه الدار عمري - وجائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده). غير أن القانون الانجليزي يصحح تصرف الواهب في الهبة المقيدة بحياة الموهوب له، الذي يحق له طبيعياً لذلك أن يتنفع بالشيء الموهوب مدة حياته ثم يرد إلى الواهب أو ورثته بعد موت الموهوب له، إطلاقاً لحرية المتعاقدين ورغبة في تصحيح التصرف في حدود إرادة الواهب. ومن ثم فقد اتجه القضاء الانجليزي في شبه القارة منذ البداية إلى إعمال الشروط المتفق عليها بين الواهب والموهوب له. ففي قضية أجمد خان وأشرف خان تنضج محاولة القاضيين وأشورت Ashworth ووزير حسن الوقوف بالعمري على حياة الموهوب له وعدم انتقالها إلى ورثته من بعده، خلافاً -

المذهب الحنفي الذي لم يميز هذا الوضع، حيث حكم بوجود أن يكون نقل الملكية في الهبة مطلقاً غير مشروط. فكل ما يفيد التقييد بالوقت أو طريقة الانتفاع يعد لدى فقهاء هذا المذهب شرطاً فاسداً، يسقط موجهه، كي تصح الهبة في ذاتها، ويبطل القيد، ويتملك الموهوب له الشيء الموهوب بصفة دائمة. وبرغم أن هذه المحاكم قد وعت حقيقة المذهب الحنفي في هذا الصدد فإن قضائياتها قد حصروا تفكيرهم - بحكم التأثير المشار إليه - في جانب واحد من فقه هذا المذهب في موضوع «التملك بغير عوض». فإن المذهب الحنفي إذ يعترف بورود هذا النوع من التملك على الأعيان وحدها في الهبة، يعترف كذلك بوروده على المنافع وحدها فيما يختص به عقد العارية، الذي يصح اقترائه بشروط ترد على وقت الانتفاع بالعين المستعارة وطريقته. فتمليك المنفعة مقيدة بالوقت أو بغيره - وإن كان يختلف بطبيعة الحال عما قرره القانون الانجليزي في الهبة مدى الحياة Life Estate - أمر يمكن أن ينشأ في ظل الأحكام الشرعية. وقد اعترف بهذا أخيراً أصحاب المعالي قضية المجلس السامي، وذلك في قضية السردار نوازش علي خان Nawazish Ali Khan التي صدر فيها الحكم عام 1948 [1368 هـ]، والتي أنبى فيها النظر على تكييف المحكمة للعطية، وما إذا كانت قد وردت في هذه القضية على تمليك العين أو المنفعة، وتصحيح الشروط المقيدة

= للحكم الذي سبقت الإشارة إليه في المذهب الحنفي. وموضوع هذه القضية أن شخصاً اسمه غلام مرتضى خان أعطى زوجته ماله كله (15,000 روبية) هبة، مبيناً أن لها التصرف في ثلث هذا المال فقط، ومشترطاً أن يعود الثلثان الآخران وما يبقى في يدها من الثلث الأول إلى ورثته هو. ثم طالب آخرها بعد وفاتها بأخذ الثلثين والباقي من الثلث الأول، محتجاً بأن فعل الزوج لا يعدو أن يكون هبة مقيدة بشرط، وأن المذهب الحنفي يحكم بصحة الشرط وبطلان الهبة. ورغم أن المحكمة سلمت بحجته فقد رفض كل من القاضيين المذكورين الحكم لصالحه، وبشكل مختلف. ذلك أن اثنتين قد برر رفضه هذا بأن الزوجة لم تكن قبضت الشيء الموهوب، فالحبة لذلك غير صحيحة أصلاً. وقد رفض المجلس السامي هذا التبرير وإن أخذ بالحكم الذي انتهى إليه هذا القاضي، مستنداً في تبريره لقبول الحكم إلى التبرير الآخر الذي أورده القاضي وزير حسن، والمتمثل في أن تعبير الزوج لإنشاء الهبة يدل على أنه أراد للزوجة الانتفاع بماله لا نقل ملكيته إليها، حيث إنه اشترط نقل هذه الملكية إلى أقاربه هو بعد وفاتها، وقد استوفت حقها في الانتفاع إلى الوقت الذي عتبه الزوج، فيجب إضفاء الجزء الآخر عما أراده الواهب ونقل ملكية المال إلى ورثته. وقد استند الحكم في قضية نوازش التي يشير إليها المؤلف إلى هذا التبرير نفسه مع تحديده بعض الشيء، وإيجاد ملتزم له في الفقه الحنفي. وانتظر في ذلك فايزي كتابه Outlines ص 250 وما بعدها، وكتاب: Principles of Mahomedan Law. ص 44، 143.

للاتنفاع إذا ورد التملك على المنفعة وحدها. وما تجدر ملاحظته هنا أن من حق المعير في الفقه الحنفي الرجوع عن إعارته في أي وقت يشاء.

غير أن أكثر الأخطاء في فهم الفقه الحنفي ذيوياً إنما ترجع إلى موضوع الوقف. ففي تلك القضية الداعية الصيت والتي وقعت بين «أبي الفتي، ورسوموي (12) Fata V. Rassomoy أبطلت المحكمة الهندية العليا سنة 1894 م [1312 هـ] وفقاً كان الواقفان قد شرطاً غلته لذريتهما، جيلاً بعد جيل حتى انقطاعهم، ثم تذهب من بعدهم إلى الأراذل واليتامى والسائلين والفقراء. ولما استؤنف هذا الحكم أمام المجلس السامي أصدر أصحاب المعالي قضائه حكمهم بتأييده في ضوء هذا المبدأ الذي استقرت عليه محاكم العدالة الانجليزية، ومقتضاه أن انتفاع الفقراء في مثل هذا الوقف أمر مستبعد لا يكاد يتحقق عملياً، فنص الواقفين عليهم - بعبارة بعض هؤلاء القضاة - ليس إلا «لإضفاء طابع البر على وقفها، طمعاً في تحقيق الحماية القانونية لتصرفات أريد بها خدمة مصالح أسرة من الأسر». وليس هذا في حقيقته وفقاً خيرياً بأي معنى، فيجب لذلك القول ببطلانه.

يبد أن هناك اختلافاً جذرياً بين المفهومين الإسلامي والانجليزي «لبر» في هذا الصدد؛ فالتقرب إلى الله هو جوهر الوقف الإسلامي، ويتمثل هذا التقرب - طبقاً لما رآه الفقهاء بالإجماع - في مجرد تنازل الواقف عن ملكيته لا يريد وقفه. ويقضي الفقه بأنه إذا صدر هذا التنازل صح الوقف وأصبحت العين محبوسة لا يصح التصرف فيها، بحكم رجوع ملكيتها كما في المذهب الحنفي إلى الله [عز وجل]، ثم لا يتم الفقه بأكثر من ذلك، فلم يشترط تخصيص غلة هذه العين أو منفعتها لأوجه البر. ولذا صح

(12) لتوضيح الأمر في هذه القضية انظر كتاب فايزي Outlines صفحات 51، 82، 301. وموضوعها أن اثنين مسلمين وقفاً وفقاً تكون لها غلته مدة حياتهما، ثم تنتقل بعد وفاتها إلى أولادهما وأولادهم وإن نزلوا، فإذا لم يبق أحد منهم وانقرضوا جميعاً كانت إلى الفقراء والسائلين. قضى قاضي محكمة الدرجة الأولى بصحة الوقف، ولكن المحكمة العليا قضت في استئناف الحكم الأول ببطلانه، وأيد المجلس السامي حكم المحكمة العليا.

وقد اشتمل التقرير المرفق بحكم المجلس السامي على الأساس الذي أخذ به المجلس في هذه القضية، وهو أن الوقف يكون صحيحاً إن كان قصد به حقيقة معنى التبرع وكان مرجحاً إلى وجوه البر ولا فلا. وقد أحدث هذا التقرير ضجة في الهند، لتناقضه مع المعمول به في شبه القارة، فرفضه أمير علي وشبلي النعماني الأمر الذي أدى إلى صدور قانون 1913 م.

للووقف أن يعين منفعة الوقف لأسرته⁽¹³⁾، طبقاً للرأي المجمع عليه في المذاهب الفقهية جميعها، بل رأى الفقيه الحنفي أبو يوسف صحة احتفاظ الوقف لنفسه بغلة الوقف كلها مدى حياته⁽¹⁴⁾ باشتراط ذلك، وهو الرأي الذي كان معمولاً به في الهند. والواقع أن كثيراً من الفقهاء لا يرون - لكي يصح الوقف الأسري - ضرورة النص على انتفاع الفقراء والمرضى في الطبقة الأخيرة من المستحقين، أما هؤلاء الذين شرطوا النص على ذلك⁽¹⁵⁾ فإنما قصدوا الحفاظ على معنى تأييد الوقف لا إلى القول بأن مضمون هذا الشرط هو الأقرب إلى تحقيق الهدف الخيري للوقف مما لم يجعل منفعة لأسرة الوقف خاصة.

وبرغم ما ينطوي عليه الحكم في قضية «أبي الفتي» «ورسومي» من مخالفة للأدلة الشرعية جميعها فلا شك أن المجلس السامي قد اجتهد في تطبيق الحكم

(13) يختلف الفقه الإسلامي عن القانون الإنجليزي في النظر إلى الوقف الأهلي، حيث أجازته الفقه الإسلامي ولم يعترف به القانون الإنجليزي، وهو الأمر الذي أسفر عن سعي القضاة الإنجليز إلى إبطاله في شبه القارة انتصاراً لوجهة النظر التي انطوى عليها قانونهم. ولم يبق الأمر عند هذا الحد، بل أرادوا كذلك فرضها على الفقه الإسلامي بحجج شكلية مؤداها أن الهدف من الوقف هو التبرع، وأن الفقهاء المسلمين قد أخفقوا في تحقيق ذلك المعنى حينما أجازوا الأوقاف الأهلية التي لا يتجاوز فيها الوقف النظر إلى مصلحة نفسه ومصلحة أسرته، فأراد قضاة المجلس السامي تصحيح هذا الذي اعتبروه إخفاقاً من الفقهاء بالالتفات إلى نصوص السنة. والهدف من كل ذلك هو فرض وجهة النظر الإنجليزية على الأحكام الفقهية.

فإذا ما التفطنا إلى حججهم تلك وجدنا أن الأوقاف الأهلية تتضمن معنى التبرع والإيثار والهدب على الفقراء، فأهل الوقف قد يكونون من الفقراء، فيحظى الوقف بثواب التصديق مقروناً بثواب البر بأهله. وقد حثت نصوص الشرع على الصدقة إلى الأهل لزيادة الثواب فيها بهذا المعنى. ومن ثم فإن الفقهاء المسلمين قد أجازوا الوقف الأهلي بالنظر إلى النصوص الداعية إلى البر بالأهل والمطف عليهم، ولم يكن لفضاء المجلس السامي أن يفرضوا مفهومهم الضيق للبر على الفهم الإسلامي له.

(14) انظر هذا الرأي لأبي يوسف في فتح القدير: 56/5. ولا ينطوي هذا الرأي على أدنى مخالفة لمعنى التبرع في الوقف، بل ينطوي هذا الرأي على محاولة لتشجيع الوقف من الناحية العملية، فلو صححتنا تصرفه بالوقف مع مراعاة مصلحته الخاصة في الاحتفاظ بغلة الوقف طول حياته لأقدم على إنشاء الوقف دون تردد. ولا ينبغي الناظر إلى اجتهادات أبي يوسف في موضوع الوقف ورغبته الأكيدة في التشجيع على إنشاء الوقف، خلافاً لمحمد الذي ركز على الجوانب الشكلية في مسائل كثيرة.

(15) في الهداية أن التأييد شرط بالإجماع، راجع فتح القدير: 48/5.

الشرعي⁽¹⁶⁾ هنا، بل إن هذا في الحقيقة هو ما نص عليه قضائه بصراحة ووضوح. والسبب في هذه المخالفة - أولاً - أن أعضاء المجلس قد فضلوا اتباع الوجهة التي عبرت عنها أحكام المحاكم الهندية العليا في ذلك الوقت على الأخذ برأي المتخصصين من العلماء - كأمير علي مثلاً -⁽¹⁷⁾ في فهم الأحكام الفقهية من مصادرها المعتمدة، و- ثانياً - أنه بدا من أصحاب المعالي قضية المجلس السامي ما يدل على عدم استقرارهم بشأن الأصول المتعلقة في تحديد الأحكام الفقهية التي ينبغي الأخذ بها في أقضيتهم. فقد جاء قرارهم في قضية أخرى جرت بين أجا محمد، وكولثوم بي بي Aga Mahomed V. Koolsom Bee Bee في سنة 1897 م [1315 هـ]، أي بعد القضية السابقة بثلاثة أعوام، متضمناً معياراً يتفق مع المفهوم المحافظ للتقليد (وهو الأخذ بالأقوال التي يعتد بها) وهو أنه: «لا يصح للمحكمة أن تخلع على القرآن تصوراتها الخاصة في حال تعارضها مع الأحكام الصريحة لتلك المراجع المعتمدة كالمهادية في الفقه الحنفي. غير أن المجلس - برغم ذلك - قد وجد من حقه في قضية أبي الفتى ورسوموي أن يتجاهل الحكم الصريح المسطور في المراجع الحنفية المعتمدة، وأن يأخذ بدلاً من ذلك بفهم أعضائه لأقوال نسبت إلى النبي [ﷺ] يشير إليها ما جاء في تقريرهم من أننا «نخطيء في حق الشارع العظيم إذا تصورنا أية استجابة لدعوته إلى البر والخير في تلك التصرفات التي لم تبعد بالمعطى عن الأنانية ولم تحقق خارج دائرة التلاعب بالألفاظ الفارغة من المضمون أية منفعة عملية للآخرين». ولذا فالأمر باختصار هو أن القضية البريطانيين قد أخفقوا هنا أيضاً - كما هو واضح - في فهم المعنى الحقيقي للتقليد، فاعتبروا الأحكام الشرعية التقليدية خاضعة للتعديل - كأحكام القانون العرفي الانجليزي - طبقاً لقواعد العدالة التي حظيت بالقبول في المحاكم.

غير أن التأثير بالقانون الانجليزي في هذه القضية لم يصادف القبول - الذي حظي به في مناسبات عديدة - من المجتمع المسلم في الهند، وصدر قانون تنظيم أوقاف المسلمين في سنة 1913 م [1332 هـ]، فنقض حكم المجلس السامي، وأعاد بنص موضوعي⁽¹⁸⁾ تطبيق الحكم الحنفي التقليدي القاضي بصحة الوقف الأسري. بيد أنه

(16) لعله من الواضح الآن أن قضية المجلس السامي إنما حاولوا فرض الحكم الانجليزي على الفقه الإسلامي، وأنهم لم يحاولوا تحقيق الحكم الفقهي مطلقاً.

(17) راجع وجهة نظر أمير علي في كتاب فايزي... Outlines صفحة 281، 303.

(18) يشير المؤلف إلى المادة الثالثة من هذا القانون، حيث نصت على أنه يجوز لأي مسلم إنشاء وقف - طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي - المهدف منه هو مد يد العون إلى أسرته عموماً أو لأولاده =

تجدر الإشارة أخيراً إلى أن المحاكم البريطانية التي كان لها تطبيق الأحكام الشرعية في عدن وزنبار وكينيا قد ظلت بعد ذلك التاريخ تعتبر قرار المجلس السامي في قضية أبي الفتى هو الحكم الذي يجب عليها الأخذ به، فحتم هذا بدوره صدور قانون على غرار «قانون تنظيم الوقف» الهندي في كل بلد من هذه البلاد. وأكثر من هذا فإن تعلق محاكم الشرق الإفريقي بالمفهوم الانجليزي «للبر» وعزوفها عن تركه - حتى بعد صدور القانون الأخير - قد أدى إلى ظهور عدد من القضايا التي فصل فيها المجلس السامي مستنداً إلى نوع من التفسير الضيق للقانون إلى الحد الذي أحل بأهدافه⁽¹⁾ ولو جزئياً، وأحدث قراراته في هذا الصدد قد صدر في ديسمبر سنة 1962 م [1382 هـ].

وهكذا فإن القانون «الأنجلو-إسلامي» صورة فريدة للقانون الإسلامي، لا تتميز عنه فحسب من الناحية الشكلية - من حيث أنه نظام قانوني قام في أساسه على السوابق القضائية، واعتمد في تطبيقه على نسق هرمي من المحاكم التي تلزم بتلك السوابق - بل يتميز من الناحية الموضوعية أيضاً من حيث أنه تأثر إلى حد كبير بالقانون الانجليزي، ولا سيما فيما يتصل بمراعاة قاعدة العدالة، وذلك على نحو عفوي يشبه تأثر التشريع الإسلامي في بداية نشأته بالقانون الروماني⁽¹⁹⁾.

ويصح أن نلاحظ هنا أن تأثير القانون الفرنسي في الجزائر قد أسفر عن موقف متواز عموماً - وإن لم يبلغ نفس المدى - مع هذا الذي حدث في الهند، نظراً للسيطرة القوية التي مارستها المحاكم الفرنسية من خلال نظام الاستئناف على المحاكم الشرعية. فمثلاً تمسكت المحاكم الفرنسية بوجود موافقة المرأة البالغة على الزواج، معتمدة في ذلك - ولو في الظاهر - على رأي الأحناف، وإن لم يكن هذا هو ما أخذ به المالكية، وقد ذهبت هذه المحاكم إلى ما هو أكثر من ذلك في باب «حضانة الصغار»، إذ

« وأولاد أولاده وإن نزلوا، كما يصبح للمسلم الحنفى إنشاء وقف يحتفظ بغلته لنفسه مدى حياته، بشرط أن تعود هذه الغلة أخيراً إلى الفقراء أو إلى أية جهة أخرى اعترف بها الفقه الإسلامي، على نحو يضمن تأييد الوقف، سواء نص الوقف على ذلك أو لم ينص.

(19) ناقشت هذا الزعم فيما سبق، ولزمت من الاطلاع انظر الدراسة التي عقدها المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى للعلاقة بين القانونين في كتابه: «الفقه الإسلامي، مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه» من ص 84 إلى ص 103. ومن الجدير بالملاحظة هنا أن تأثير القانون الانجليزي في القانون الإسلامي المعمول به في شبه القارة قد استند إلى ظروف الاحتلال وإنشاء محاكم انجليزية، على حين لم يعمد للمحاكم الرومانية بأي دور في المجتمع المسلم إبان تطوره الأول، كما لم يخضع هذا المجتمع للاحتلال الروماني. فكيف يمكن تشبيه تأثر التشريع الإسلامي في العصر الحديث بالقانون الانجليزي بتأثره بالقانون الروماني في التطور الأول لهذا التشريع؟

رفضت الأحكام المحددة للمذاهب الفقهية جميعها، واعتبرت مصلحة الصغير هي المعيار الواجب التقديم في كل الأحوال. وقد أصبحت هذه القواعد ومثيلاتها التي تعكس التأثير الفرنسي جزءاً لا يتجزأ من الأحكام الفقهية المطبقة في الجزائر⁽²⁰⁾.

وإذا انتقلنا إلى الشرق الأوسط فسنجد أن الأوضاع تختلف فيه اختلافاً بيناً، فقد غلب على المحاكم الشرعية الأخذ بالتقليد، إلى الحد الذي منعها من العمل بأي حكم لا يتفق تماماً مع ما عبرت عنه المؤلفات الفقهية التقليدية. ولذا لم يكن من الممكن إحداث تغيير في تلك الأوضاع إلا عن طريق تدخل السلطة السياسية، وهذا هو ما حدث في الواقع حينما كانت تبادر هذه السلطة إلى ممارسة حقها الذي ادعته لنفسها - بمقتضى قاعدة «السياسة»⁽²¹⁾ - في تحديد كيفية تطبيق الأحكام الشرعية.

ولعل من المناسب أن نذكر هنا بأن قاعدة «السياسة» هي قاعدة القانون العام الإسلامي الأساسية التي تحدد وضع السلطة السياسية إزاء تطبيق الأحكام الشرعية، والتي تعطي المحاكم الحق في أن يتخذ من الإجراءات الإدارية ما يراه كفيلاً بتحقيق المصلحة العامة، شريطة ألا يتناقض عمله هذا صراحة مع الأصول الشرعية الثابتة. ويتمثل أحد المظاهر الهامة لهذا الامتياز الموصد للمحاكم في أن له حق تحديد ولايات المحاكم، ووضع قيود تحدد اختصاصاتها. وعلى هذا الأساس نفسه أقام فقهاء السياسة الشرعية اعترافهم بصحة ولاية المحاكم الأخرى التي برزت إلى جانب المحاكم الشرعية في العصور⁽²²⁾ الوسطى، والتي أسند إليها القضاء في مسائل منتزعة من اختصاصات المحاكم الشرعية، وعلى هذا الأساس أيضاً يصعب رمي النسق الجديد من المحاكم،

(20) يتفق رأي ابن القاسم مع رأي الأحناف في هذه المسألة. انظر: بداية المجتهد 6/2.

(21) لعل المؤلف يشير بذلك إلى الحق المقر للمحاكم في تعيين الحكم الشرعي من بين آراء المجتهدين، شريطة ألا يخالف حكماً مقطوعاً به. فينحصر حقه هذا أصولياً في الأمور الاجتهادية. وطبقاً لما هو مقرر في علم الأصول فإن عليه أن يتبع الدليل الأرجح وقواعد الاجتهاد لا أن يعيل مع المرى. ولعل المؤلف يشير بذلك أيضاً إلى حق المحاكم في تحديد ولاية المحاكم والقضاة. ويتبع هذان الحقان للمحاكم من منطلق اشتراط توافر قدرته على الاجتهاد.

(22) الواقع أن ولاية المظالم ترجع من الناحية التاريخية إلى عهد النبي ﷺ. وقد أشار الماوردي إلى نشأتها التاريخية قبل الإسلام في «حلف الفضول» الذي تحالف فيه رؤساء العرب «على رد المظالم وإنصاف المظلوم من الظالم» وشهده النبي ﷺ وهو ابن خمس وعشرين سنة، وقال في شأنه: «لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف الفضول ما لو دعيت إليه لأجبت، وما أحب أن لي به حر النعم». ويعد حضور النبي ﷺ هذا الحلف وقوله فيه هذا القول فيها بما يدعى يستدل به على مشروعية هذه الولاية. انظر: الأحكام السلطانية ص 79.

التي تقوم حالياً بتطبيق الأحكام الفقهية في مصر وتونس، بكونه غير إسلامي، طبقاً للتصور التشريعي العام، خاصة وأن منصب القاضي - وإن ظل لقرون عديدة هو المنصب الأساسي في القضاء الشرعي - إنما نشأ في عهد الأمويين⁽²³⁾، ولم يستند إلى أي حكم تضمنته نصوص الوحي الإلهي. غير أن فقهاء السياسة الشرعية قد أبرزوا - على نحو خاص - حق الحاكم في الأخذ ببعض القواعد الجديدة، وتطبيقها في مجالي الإجراءات والإثبات، وستتناول فيما يلي هذا الجانب من فقه السياسة الشرعية؛ فقد قيدت حكومات الشرق الأوسط - عن طريق إصدار سلسلة من اللوائح أخذت عادة وصف القانون - اختصاص المحاكم الشرعية بالقضايا المستجعة لشروط معينة تتعلق بالإجراءات المتبعة في هذا الصدد. وبرغم أن هذه القيود تتبع الجانب الإجرائي المنفصل قد أثرت تأثيراً بعيد المدى على طبيعة القضاء الشرعي، كما يتبين من العرض الموجز التالي لأهم المسائل التي جرى فيها تقييد اختصاص المحاكم الشرعية على هذا النحو.

لم تول الأحكام الفقهية التقليدية أية أهمية للإثبات عن طريق الكتابة، كما سبق أن لاحظنا، على الرغم من الأمر القرآني الصريح بأنه ينبغي أن توثق المعاملات بكتابتها. غير أن المساواة الناجمة عن اعتماد المحاكم على الشهادة الشفهية وحدها قد أدت إلى إصدار عدد من التنظيمات السياسية في الشرق الأوسط تمنح المحاكم من سماع الدعاوي التي لا تستند إلى بيعة موثقة في بعض مجالات التقاضي. فاللائحة الصادرة في مصر سنة 1897 م [1315 هـ] - والخاصة بترتيب المحاكم الشرعية وإجراءاتها - تقرر أنه «لا تسمع دعوى الزواج أو الطلاق أو الأثار المترتبة عليها بعد وفاة أي من الطرفين ما لم تكن مؤيدة بوثيقة خالية من شبهة التزوير». وفيما بعد انتقل الأمر من مجرد الإلزام بتقديم مثل هذه الوثيقة المكتوبة إلى ضرورة التقدم في بعض الدعاوي

(23) يخالف هذا القول مخالفة واضحة الوقائع الثابتة تاريخياً؛ فمن المعلوم أن النبي ﷺ أرسل قضاة وولاه إلى الأقاليم الثابتة عن المدينة في شبه الجزيرة، كما أن عمر بن الخطاب قد كلف عديداً من أعوانه بتولي منصب القضاء. وقد سجل الكندي المتوفي سنة 350 هـ. أخبار هؤلاء القضاة الذين عينهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قضاء مصر، أولهم قيس بن أبي العاص، ومن بعده كعب بن زنه، ثم عثم بن قيس بن أبي العاص الذي مات بعد مقتل عثمان بن عفان (فلم يكن بمصر قاض حتى قام معاوية) نظراً لاضطراب أحوالها فيما بين ذلك. انظر كتاب الكندي الولاية والقضاة ص 300 وما بعدها. وليس من الممكن تصور تطور الدولة الإسلامية أيام الراشدين دون وجود لولاية القضاء أصلاً.

بوثيقة من نوع معين، وهي الشهادة التي يصدرها موظف مأذون له بذلك⁽²⁴⁾ وقد منع قانون حقوق الأسرة الأردني الصادر في سنة 1951 م [1371 هـ] المحاكم هناك من سماع دعوى الزوج بالطلاق - التي قد يرفعها لدفع طلب الزوجة النفقة - ما لم يكن هذا الطلاق موثقاً لدى القاضي، ويعد هذا الإجراء خطوة هامة في سبيل جعل الطلاق بيد القاضي. ولعل الفرصة مناسبة الآن للابتعاد عن التجمعات الأساسية للشعوب المسلمة - كي نلاحظ أن تسجيل الطلاق قد ظل دوماً واجباً قانونياً لدى مليوني مسلم أقوى العقيدة في يوغوسلافيا، منذ دخولهم في الإسلام، وهذا هو المطبق أيضاً لدى خمسين ألف مسلم في جويانا Guiana منذ سنة 1937 م [1356 هـ].

وقد أخذ بهذا الأسلوب الإجرائي نفسه في مصر لتجنب الآثار التي لم تعد مقبولة في التفكير الحديث، والتي تتصل بطول مدد الحمل، طبقاً للتقديرات التي تبنتها المذاهب الفقهية. فقد رأى الأحناف أن أقصى مدة للحمل عامان فقط⁽²⁵⁾، على حين اعترفت المذاهب الأخرى بمدد أطول من ذلك؛ فيحددها الشافعية والحنابلة بأربع

(24) هذا هو الحكم الذي أوجبه قانون رقم 78 لسنة 1931 م في أحوال إنكار الزوجية، وبناء على ما أوجبه هذا القانون لا تثبت دعوى الزواج بعد آخر بولية في السنة المذكورة إلا بوثيقة رسمية صادرة عن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج أو بإقرار المدعي عليه في مجلس القضاء. وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور الأصل الفقهي لمنع المحاكم من سماع الدعاوي التي لم تستجيب هذا الشرط، فنصت على أن هذا المنع مبني على حق ولي الأمر في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص. وهذا هو نص ما جاء في ذلك:

(من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولي الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوي، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة الحقوق من العبث والضياع. وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك، وأقرروا هذا المبدأ في أحكام كثيرة، واشتملت لاحتنا سنة 1898 م و 1910 م للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص وخاصة فيما يتعلق بدعاوي الزوجية والطلاق والإقرار بها... إلا أن المحوادث قد دلت على أن عقد الزواج لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره... فحسباً للناس على ذلك وإظهاراً لشرف هذا العقد وتقديراً له عن الجور والإنتكار. أصبحت دعاوي الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند الإنكار من أول أغسطس بدون وثيقة رسمية في حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة. ووثيقة الزواج الرسمية هي التي تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته... طبقاً للمادة 132 كالتقاضي والمأذون في داخل القطر وكالتفصل في خارجه.

(25) راجع مذهب الأحناف واستدلالاتهم في هذه المسألة في فتح القدير: 310، 305/3.

سنوات⁽²⁶⁾. على حين تذهب بعض الآراء المعتمدة في المذهب المالكي إلى تقديرها بسبع سنوات⁽²⁷⁾. ولا ترجع مثل هذه الآراء تماماً إلى جهل فقهاء العصور الوسطى بحقائق علم الأجنة، وإن كان اعتقادهم في ظاهرة «الحمل المستكن Sleeping Foetus» قد أسهم إلى حد كبير في قبولهم لتلك التحديدات؛ فمن الواضح الذي لا حاجة بنا لذكره أن الفقهاء كانوا على وعي تام بمدة الحمل العادية، حيث اعتبروها أساساً لكثير من الأحكام الفقهية، وقد ذهب جمهور فقهاء الإمامية الاثني عشرية في واقع الأمر إلى تقدير المدة القصوى للحمل بتسعة أشهر هلالية⁽²⁸⁾. غير أن الآثار المتعلقة بنفي نسبة الولد الشرعية هي التي دعت الفقهاء فيها يغلب على الظن إلى اتخاذ موقف بالغ الحذر في هذا الصدد. لقد كانت هناك رغبة قوية في تجنب الحكم بنفي النسب الشرعي لولد جاءت به أمه - المطلقة أو المترملة - بعد انقضاء مدة الحمل العادية من تاريخ انتهاء الزواج؛ حيث إن الحكم بنفي النسب الشرعي عن مثل هذا الولد سوف يجرمه من أية حقوق تتعلق بالنفقة وغيرها. ومن جهة أخرى يرى المالكية أن مجيء الأم بولد بعد انتهاء المدة المحددة من تاريخ انتهاء الزواج دليل ظاهر على ارتكابها لفعل الزنا قد يفضي إلى توقيع عقوبة الرجم عليها⁽²⁹⁾، وقد أبدى الفقهاء دوماً عزوفهم عن تطبيق عقوبات الحد القاسية إلا حينما ثبتت الجنائية بدليل إيجابي. وفي إيجاز: يبدو أن المبادئ الإنسانية كانت ذا أثر في قبول الفقهاء لاحتمال امتداد الحمل هذه الفترات الطويلة⁽³⁰⁾. فبالنظر إلى تعلق هذه المسألة بالتشريع الجنائي كان الموقف العام الذي

(26) انظر في ذلك: المهلب: 120/2 والمغني لابن قدامة: 116/9، 117، وهو المشهور في المذهب المالكي.

(27) هذا رأي ربيعة، والواقع أنه لا سند له.

(28) وهو رأي الظاهرية كذلك، وقد استدلل له ابن حزم بأنه الروي عن عمر بن الخطاب، فُتد استدلال الأحناف وغيرهم، فحكم على الآثار التي استدلوها بها بالضعف. انظر: المحلى 317، 316/10، والبحر الزخار 143/3، 144 وبداية المجتهد: 88/2.

(29) الحمل عند المالكية قرينة غير قاطعة على ارتكاب الزنا الموجب للحد، وانظر في ذلك: التشريع الجنائي لعبد القادر عودة 440/2 والمراجع المثبتة هناك.

(30) استدلل الفقهاء على الأحكام المختلفة التي أدخلوا بها في تقدير أقصى مدة للحمل ببعض الآثار التي رووها في ذلك، فمستند الأحناف في التقدير بعامين ما روي عن عائشة من قولها: ولا يبقى في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركة مغزول، فإن هذا لا يعرف إلا سماعاً فكأنها روتها عن النبي ﷺ. واستدل مالك في تقديره أقصى مدة الحمل بأربع سنين بما يذكره من أن جارتها زوجة عمه بن عجلان قد حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة. ويرد ابن حزم هذه الآثار التي استدلل =

اتخذ الفقهاء هو وجوب ترجيح الحكم بثبوت النسبة الشرعية للولد إلا إذا فرضت الظروف انتفاء هذه النسبة على نحو قطعي لا يتطرق إليه أي شك.

غير أن هذا الاعتبار قد فقد الدافع إليه في مصر الحديثة إلى حد كبير، حيث لم يعد الزنا جريمة جنائية، وحيث كفل القانون للأولاد الغير الشرعيين حق النفقة على آبائهم الفعليين. ومن ناحية أخرى تزايد الاستياء - في ضوء المقررات الطبية الحديثة - من النتائج المترتبة على الأخذ بالحكم الفقهي التقليدي في هذا الصدد. فبناء على أن عدة المرأة المطلقة تستمر ما دامت حاملاً كان بوسعها أن تأخذ النفقة من مطلقها مدة عامين بمجرد تأكيدها أن عدتها لم تكتمل بعد. وفضلاً عن ذلك فإن لها الحق في استيفاء نصيبها من التركة إذا مات هو أثناء هذه الفترة ولم تكن قد بانت منه بينونة كبرى. وكذلك فإن للولد الذي نجيء به المطلقة في غضون هذين العامين من تاريخ انتهاء الزواج الحق في النفقة من المطلق وأخذ نصيب أساسي من تركته بعد وفاته بحيث لا يحجب أحد أبداً طبقاً لقواعد الميراث الشرعية.

ولما كان الحكم بوجود الحمل أو عدمه مسألة تدخل بطبيعتها في باب الإثبات فقد ناسبها من هذا الوجه أن تعالج في إطار الترتيبات الإدارية. وطبقاً لهذا أحست الحكومة المصرية أن بوسعها مواجهة هذه المشكلة بأسلوب تقييد اختصاص المحاكم الشرعية؛ فقررت المادة (السابعة عشرة) من قانون 1929 م أنه: «لا تسمع دعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق. كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفي زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق». وكذلك قضت المادة (الخامسة عشرة) من القانون نفسه بأنه: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب... لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة»⁽³¹⁾. وبعبارة أخرى فإن المحاكم الشرعية غير مسموح لها بنظر الدعاوي المتعلقة بهذه الموضوعات المتعددة إلا إذا كان الوضع العملي الذي سببها متفقاً مع مقررات الطب الحديث فيما يتعلق بمدى الحمل. وقد رُئي أن (365) يوماً هي فترة كافية لاستيعاب كافة الحالات غير العادية.

= بها أئمة المذاهب، مبنياً ضعفها، كما سبق الإشارة لذلك آنفاً. وقد ناقش الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم في كتابه الأحوال الشخصية طبعة 1343 هـ: 346/1 وما بعدها - هذه الآثار، وبين الأسس التي استند إليها قانون رقم 25 لسنة 1920، وإن لم يكن علاجاً شافياً في رأيه.

(31) نص المادة (15) أنه: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم الثلاثي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

وتتضمن المادة (الخامسة عشرة) نفسها المشار إليها قبل قليل فقرة أخرى تتصل بموضوع الإنبات أيضاً وتتناقض مع حكم آخر للفقه التقليدي بشأن موضوع النسب. ففي المذهب الحنفي أنه إذا ولد طفل لامرأة متزوجة بعد مضي ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج نسب هذا الطفل إلى زوجها نسباً صحيحاً، لا حق له في نفيه عن نفسه، لا يثبت أنه لم يدخل بها، ولا يثبت عدم وجود اتصال جنسي بينها في أي وقت محتمل للعلق⁽³²⁾. إنما عرف الفقه التقليدي أسلوباً واحداً يصبح للزوج بمقتضاه نفي نسبة الولد الذي جاءت به زوجته عن نفسه⁽³³⁾. ويتمثل هذا الأسلوب الذي يتسم بالشككية إلى حد كبير في إجراء «اللعان» الذي يدين بوجوده إلى حقيقة أن وجود الزوج أبوة الولد الذي جاءت به زوجته يعد اتهاماً لها بارتكاب جريمة الزنا، مما يعرضه لعقوبة القذف المحددة بثمانين جلدة، فيما لو عجز عن إثبات الجريمة عليها بشهادة أربعة شهود. ولذا فعل الزوج الذي يريد نفي ولد جاءت به زوجته أن يقسم بكيفية خاصة أربع مرات (تحل محل الشهادات الأربع)⁽³⁴⁾ أن هذا الولد ليس منه، ثم يستنزل على نفسه غضب الله إن كان كاذباً (وتحل هذه محل عقوبة القذف) فإذا امتنعت الزوجة عن الإقرار بالزنا فإن لها أن تدرأ العقوبة المحددة له عن نفسها بأن تقسم على برائها أربع مرات، دفعاً للثمة عنها، ثم تستنزل على نفسها غضب الله إن كانت كاذبة في دفعها هذه التهمة. ويترتب على إجراء اللعان - وأصله لعن - بهذا الشكل

(32) النسب عند الأحناف أثر الفرائض أو عقد الزواج، انظر فتح القدير: 301/3 وهم بذلك قد أطلقوا عموم قوله ﷺ الولد للفراش، بناء على أن الزوجة إنما تصير فراشاً بالعقد. ويعلق ابن رشد على هذا الرأي للأحناف بقوله: «وهذا شيء ضعيف» بداية المجتهد: 88/2، ويرى أنهم أعملوا ظاهر النص لا روحه. أما المالكية والشافعية فقد اشترطوا إمكان الدخول؛ ففي المذهب: 120/2 أن الزوج إن كان صغيراً لا يولد مثله لم يلحقه النسب وينتهي عنه من غير لعان، وإن كان الزوج مجبواً فقد روى الربيع أنه ينتهي عنه من غير لعان، وإن لم يمكن اجتماعها على الوطء بأن تزوجها وطلقها عقيب العقد أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتهى الولد من غير لعان، لأنه لا يمكن أن يكون منه. وليس هذا فحسب فقد روي عن أحمد بن حنبل اشتراط تحقق الدخول بالفعل - لا بالإمكان فقط - لثبوت النسب عند الإنكار، وهذا هو ما اختاره ابن تيمية، انظر: زاد المعاد لابن قيم الجوزية: 226/4.

(33) يصدق هذا على المذهب الحنفي وحده، أما إطلاقه على سائر المذاهب فليس بصحيح، طبقاً لما هو مذكور في التعليق السابق.

(34) مذهب الأحناف أن الأيمان الأربعة الخاصة باللعان قائمة مقام شهود الزنا، إذ اللفظ في كل عين منها أشهد بالله، خلافاً للشافعية، حيث رأوا أنها مجرد إيمان مؤكدة بالشهادة، وهو مذهب مالك وأحمد بن حنبل. انظر: الأحوال الشخصية للاستاذ عبد العزيز عامر ص 116 وما بعدها.

انتفاء نسبة الولد إلى الزوج، وحرمته كل من الزوجين على الآخر تحريماً مؤبداً.

ومن الواضح أن «اللعان» نظام لا يتسق مع المفاهيم القانونية الحديثة في مجال الإثبات والمرافعة⁽³⁵⁾، ولذا أخذ القانون المصري لسنة 1929 م ببدله الطبيعي⁽³⁶⁾، وهو الاستدلال على عدم التلاقي بين الزوجين، معتمداً على الأسلوب نفسه المتمثل في تحديد اختصاص المحاكم الشرعية. فمنعت المحاكم من سماع دعوى الأبوة عند الإنكار إذا أمكن إثبات عدم الدخول بعد العقد، أو إثبات أن الولد المتنازع في أمره قد أتت به الزوجة بعد انقضاء عام كامل من تاريخ آخر لقاء بينها وبين الزوج.

وقد صدرت كذلك في شبه القارة الهندية تعديلات معينة لأحكام المذهب الحنفي التقليدية المتعلقة بالنسب، وإن بدت بالنظر إلى أسسها الفقهية من جهة وإلى طبيعتها الخاصة من جهة أخرى مخالفة تماماً لتلك التجديدات المصرية. فقد استقرت الأحكام القضائية في شبه القارة على العمل بقانون الإثبات الهندي الصادر في سنة 1872 م [1289 هـ] بدلاً من الأحكام الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع، ومن الطبيعي تماماً أن ترجع أحكام هذا القانون في أصلها إلى القانون الانجليزي. وفي المادة (112) منه: «أن الطفل المولود أثناء قيام الزواج الصحيح أو خلال (280) يوماً من تاريخ انقضائه يعد ولداً شرعياً للزوج، إلا إذا أمكنه إثبات عدم التلاقي بينه وبين الزوجة في فترة

(35) لعل المؤلف يشير إلى خاصية اللعان في اقتضائه على مجرد الأيمان وعدم اتساعه للبحث في الجوانب الموضوعية لتهام الزوج زوجته بالزنا، ولعله يشير كذلك إلى التعارض بين الفقه الإسلامي والقوانين الحديثة في الحكم على الزنا. والواقع أن أصل الاعتماد على يمين المتنازعين والشهود ما يزال موضع التطبيق في المحاكم العلمانية الحديثة، فاللعان من هذه الزاوية لا يتعارض كلية مع مفاهيم الإثبات الحديثة. ومن ناحية أخرى فإن الإسلام الذي جرم الزنا ووضع له عقوبات جسيمة، حفظاً لطمهارة المجتمع المسلم، قد احتاط في إثبات هذه العقوبة، وحرم التعرض لأعراض الأبرياء بإقامة عقوبة القذف، فشرع اللعان تخفيفاً عن الزوج الذي قد يضطر إلى تبرجه تهمة الزنا لزوجته، دون أن يستطيع إثبات هذه التهمة بالشهود الأربعة. ولذا يكتب اللعان أهميته الخاصة في إطار تلك القواعد الشرعية التي تفتت الحفاظ على أعراض الناس وأتسابهم. واعتراضاً لهذه الأهمية فقد أخذ مشروع القانون الموحد الذي أعدته لجنة خاصة من كبار العلماء أيام الوحدة بين مصر وسوريا بأسلوب اللعان بين الزوجين لنفي النسب.

(36) عدم التلاقي بين الزوجين ليس بديلاً لللعان، فقد أخذ المالكية والشافعية والحنابلة بعدم التلاقي أساساً لنفي النسب دون أن يمنعه ذلك من الأخذ باللعان في ظروف أخرى. وقطعاً لم يرد بخاطر اللجنة التي أعدت قانون 1929 أية رغبة لاستبعاد اللعان.

احتمال علوقها بهذا الطفل». ويتميز هذا القانون عن المقررات الفقهية وعمّا أخذت به مصر منها في أنه يقضي بإلحاق الولد بالزوج إذا أتت به الزوجة خلال الشهور الستة الأولى من قيام الزواج، وفي أنه يحكم على الزوج بأبوة الولد الذي أتت به الزوجة خلال (280) يوماً من تاريخ انقضاء الزواج أو بنفيها عنه طبقاً لمعايير الإثبات المألوفة في القانون الانجليزي.

وبرغم أن الترتيبات الادارية التي أخذت بها منطقة الشرق الأوسط تعد في أساسها أحكاماً تتعلق بالقانون الاجرائي فقد جرى الاعتماد عليها لمعارضة الأحكام الفقهية الموضوعية في مسألة زواج الصغار⁽³⁷⁾. إذ تضمن قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في مصر سنة 1931 تأكيد الأحكام المطبقة في هذا الشأن قبل ذلك، حيث نص على أنه لا تسمع المحاكم دعوى الزوجية عند الإنكار ما لم تكن هذه الدعوى ثابتة بوثيقة زواج رسمية، وقد منعت الأحكام السائدة المأذونين من إصدار مثل هذه الوثيقة إذا كانت سن الزوجة أقل من (16) عاماً والولد أقل من (18) عاماً عند التعاقد على الزواج. ولا تسمع دعوى الزوجية مطلقاً - ولو لم ينكرها الطرف الآخر - إذا كان سن أحد الزوجين وقت التراضي أقل من هذه السن المشار إليها⁽³⁸⁾.

(37) أثبت فقهاء المذاهب ولاية الإيجاب في زواج الصغار؛ فيحق للولي بمقتضى هذه الولاية إيجاب الصغير أو الصغيرة على الزواج. غير أن المذاهب المختلفة قد تباعدت في تحديد الولي الذي يثبت له هذا الحق. فالملكية على أن هذا الحق ليس إلا للأب أو وصيه (حاشية الدسوقي: 224/2)، ومعهم الحنابلة في ذلك، أما الشافعية فقد أعطوا هذا الحق للجد أيضاً (المهلب: 37/2)، وتوسع الأحناف في ولاية الإيجاب فأجازوا لسائر العصبات تزويج الصغار. غير أن الفقه قد سجل آراء أخرى تمنع الأولياء من زواج الصغار مطلقاً، استناداً إلى قوله تعالى في سورة النساء آية رقم: 6 «وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح» أي سن النكاح وهو البلوغ، وأجازها ابن حزم في حق الصغيرة لا الصغير، انظر في ذلك: فتح الباري لابن حجر 95/11 والمحلي لابن حزم 458/6 والمغني لابن قدامة 50/7 نشر مكتبة القاهرة 1389 هـ (38)

(38) يشير بذلك إلى قانون رقم 56 لسنة 1923 م الذي نص على المنع من سماع دعوى الزوجية مطلقاً إذا كانت سن الزوجين أو سن أحدهما وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة وثماني عشرة للزوج، سواء كانت منها كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد. غير أن قانون رقم 78 لسنة 1931 م قد يسر على الناس بتجويزه سماع دعوى الزوجية إذا بلغت سن الزوجية الحد القانوني وقت رفع الدعوى، وإن كان ضيق عليهم من جهة أخرى بالمنع من سماع دعوى الزوجية إذا لم تكن مؤيدة بوثيقة رسمية، ويمنع المأذون من توثيق العقد واستخراج شهادة به إذا لم يستوف الزواجان السن القانونية عند عقد العقد.

وتتال هذه الأحكام من حقوق الأولياء الثابتة في المذاهب الفقهية جميعها على نحو موضوعي والمتمثلة في أن لهم تزويج القاصرين، ولو كانت أعمارهم صغيرة، حيث إن تزويج من قلت سنه عن الحد الذي عينته هذه الأحكام لن يغطي بحماية القانون. غير أن الحكم الفقهي الموضوعي بقي كما هو من الناحية النظرية، فما يزال تزويج الصغار صحيحاً تماماً من الناحية الشرعية. وقد بدا هذا الأسلوب الإجرائي غير المباشر - إزاء رسوخ قاعدة التقليد - هو الطريق الوحيد المتاح للمجددين المصريين في هذه المرحلة للحد من زواج الصغار.

وقد نشأ في الجزائر موقف قريب الشبه من ذلك في ظل السيطرة الفرنسية، حيث حتمت اللوائح الإدارية استخراج مستند رسمي بالزواج يمرره القضاة، وقد أوجب عليهم النائب العام الفرنسي ألا يمرروا مثل هذا المستند إذا كان من الزوجة أقل من خمسة عشر عاماً.

بيد أن التطورات التي جرت في الهند في هذا الصدد كانت ذات طبيعة مخالفة تماماً. فقد حرم تزويج البنات ما لم يبلغ عمرهن أربع عشرة سنة والأولاد ست عشرة سنة، وصار المخالف عرضة للعقوبات المنصوص عليها في قانون تقييد زواج الصغار The Child Marriage Restraint Act الصادر سنة 1929 م. ومع ذلك فقد ظل تزويج الصغار على وجه يخالف أحكام هذا القانون صحيحاً، وإن رئي تيسير الأمر على الفتيات اللواتي زوجهن أولياؤهن أثناء صغرهن عن طريق التوسع فيما سمي «بختار البلوغ». ففي المذهب الحنفي إنه إذا زوج الولي - سوى الأب والجد - الصغيرة كان لها الحق في فسخ هذا الزواج لدى بلوغها، ما لم توافق على استمراره. بيد أن القانون الخاص بالتفريق بين الأزواج المسلمين Dissolution of Muslim Marriages Act الصادر سنة 1939 م [1358 هـ] قد ذهب إلى إعطائها الحق في الفسخ ولو كان الذي زوجها هو الأب أو الجد.

وينبغي ألا نبالغ في تقدير قيمة الدور الذي لعبه أسلوب تقييد اختصاص المحاكم الشرعية في تطور الأحكام الفقهية المعمول بها في الشرق الأوسط حديثاً. فقد يبدو هذا الأسلوب متسقاً مع القواعد الفقهية الإسلامية تماماً حينما يعمل كوسيلة لعلاج أوجه النقص المتعلقة بالجوانب الإجرائية البحتة. أما حين يتعدى ذلك إلى معارضة الأحكام الفقهية الموضوعية فإن صحته تغدو عملاً للتساؤل. والواقع أن حرمان بعض التصرفات من الحماية القانونية ذو أثر لا يتكرر على الصعيد العملي وإن اُسم من حيث هو أسلوب للتجديد بشيء من الغلظة، نظراً لبقاء التصرف أو العلاقة التي

منعت عنها الحماية القانونية صحيحة مشروعة، كما أن هذا الأسلوب يمكن أن يفضي - فيها لو مضى لغايته الطبيعية - إلى وقف العمل بالشريعة تماماً. ومن المؤكد أنه لا يسع أكثر أنصار هذا الأسلوب حماسة في تبريره أن يعتمدوا عليه لمعارضة حقوق الزوج الثابتة ثبوتاً راسخاً، وأعني بذلك حقه في التعدد والطلاق، وهما الأمران اللذان استأثرا باهتمام المصلحين حديثاً⁽³⁹⁾. والحق أن هذا الأسلوب قد بدأ في أعين الكثيرين تطبيقاً غير مشروع تماماً لما يتمتع به المحاكم من سلطات في تقييد ولايات المحاكم؛ فسلطاته هذه إنما قصد منها أن يقوم بتوزيع أنواع القضايا المختلفة بين محكمة وأخرى من المحاكم العديدة القائمة، لا أن يغلق أبواب المحاكم جميعها في وجه أنواع معينة من الدعاوي القائمة على أساس صحيح في نظر الأحكام الشرعية الموضوعية. ومن ثم كان من الطبيعي أن تكشف هذه الاعتبارات العملية والنظرية عن كثير من القيود التي تفرض نفسها عند محاولة تحقيق الإصلاح عن طريق الاعتماد على هذا الأسلوب.

بيد أن الفكر التشريعي الإسلامي في الشرق الأوسط كان قد بدأ يتخذ نظرة جديدة تتجنب التدخل المباشر في الأحكام الشرعية الموضوعية، خلافاً للموضع الذي ساد في شبه القارة الهندية، حيث انطوت أعمال الأجهزة القضائية على تعديلات مست الأحكام الشرعية الموضوعية ذاتها. ورغم ذلك فقد تشترك التطورات التي جرت في هاتين المنطقتين كليهما والتي ناقشناها باختصار فيما سلف، في صحة إطلاق وصف «الإدارية» عليها، تمييزاً لها عن تلك التغييرات الشاملة ذات الطبيعة «الموضوعية» التي تمت تحت رعاية السلطات السياسية والتي تشكل موضوع الفصلين التاليين. غير أن هذا الفصل بين الجانبين الإداري والموضوعي فيما يتعلق بالشرق الأوسط عموماً هو في أساسه فصل يتطلب دواعي التحليل والدراسة أكثر مما يقوم على النظر إلى الاعتبارات التاريخية، فالمحقق في الواقع التاريخي أن التطورات الإدارية لم تسبق التغييرات الموضوعية الصريحة دائماً. وأخيراً فسوف نرى فيما يتعلق بأسلوب الإصلاح الموضوعي أن هناك تباعداً لافتاً للنظر بين شبه القارة الهندية والشرق الأوسط في هذا الصدد

(39) لا تخفى هوية هؤلاء (المصلحين) وأهدافهم الحقيقية التي أشار إليها الدكتور عماد بلانجي في مواطن متفرقة من دراسته لقانون 44 الصادر في مصر سنة 1979 م، وذلك في كتابه «دراسات في الأحوال الشخصية»، مكتبة الشباب 1400 هـ - 1980 م. ويمكن الرجوع - بصفة خاصة - إلى خاتمة كتابه هذا ص 327 وما بعدها للاطلاع على الدعاوي التي تثار في موضوعي التعدد والطلاق، وأسما بعض الكتب التي تنصّر لثل هذه الآراء (الإصلاحية).

أيضاً، ففي المند نحت الأحكام الشرعية للأسرة على نحو مباشر في مجالات معينة كي تحل محلها أحكام مستمدة من القانون الانجليزي، الأمر الذي سبقت الإشارة إلى أمثلته آنفاً. أما في الشرقي الأدنى والأوسط فقد كتبت الأحكام الشرعية تقنياً كاملاً يتفق في أغلب الأحوال مع مقررات المصادر الفقهية العربية، وإن خضع بالضرورة في الفترة الأخيرة لتأثير فرنسي ملحوظ، ومع ذلك فقد كان هناك كثير من العناية تحمله المجددون في سبيل أن تبدو إصلاحاتهم التي تضمنتها هذه التقنيات بمظهر التطبيقات المشروعة للأصول والقواعد الشرعية الثابتة. وفي إيجاز فإن الاتجاهات الحديثة لقانون الأسرة قد احتفظت في كل منطقة من هاتين المنطقتين بطابعها القانوني الخاص بها⁽⁴⁰⁾.

(40) نوقشت في هذا الفصل التطورات المتصلة بأساليب تطبيق الشريعة في المجتمعات الإسلامية الحديثة. فقد شهدت هذه المجتمعات إقامة أنماط جديدة من المحاكم، مرتبة ترتيباً يكاد يتفق في أكثر الأحوال مع طبيعة النظم الغربية للتقاضي وترتيب المحاكم. وأكثر من هذا أن بعض هذه المجتمعات قد شهد تعيين أعداد من القضاة الأجانب لإدارة دفة العمل في هذا النسق الجديد من المحاكم، أو في درجة معينة من التقاضي، على نحو يضمن توجيه العمل القضائي بأكمله الوجهة التي تريدها له السلطات السياسية.

وكان من الطبيعي أن تؤدي هذه الترتيبات الإدارية لتغييرات بعيدة المدى في التطبيق الواقعي للأحكام الفقهية، على نحو متفاوت في الدرجة من مجتمع إلى آخر. ففي المند قامت المحاكم الانجليزية بخلط أحكام الفقه الإسلامي بقواعد القانون الانجليزي، الأمر الذي أسفر عن وجود مجموعة من القواعد القانونية التي تندرج تحت ما عرف بالقانون الأنجلوإسلامي. وفي الجزائر كان تعيين القضاة الفرنسيين في محكمة الاستئناف العليا من شأنه أن يؤثر تأثيراً ولو ضئيلاً على أنشطة المحاكم الشرعية أثناء الاحتلال الفرنسي لهذا البلد المسلم.

أما في مصر فلم يحدث هذا التدخل المباشر من سلطات الاحتلال، نتيجة ظروفها السياسية والثقافية، وإن أدت الضغوط المختلفة إلى استجابة اللجان التشريعية لإحداث بعض التغييرات المحدودة الأثر. وقد وجدت هذه اللجان - التي يبدو أنها كانت على معرفة عميقة بأحكام الفقه الإسلامي - طريقها إلى التوفيق بين ما أمته هذه الضغوط وبين احترامها لأحكام الفقه في أسلوب منع المحاكم الشرعية من سماع بعض الدعاوي، كما هو الأمر في تقييد زواج الصغار والإجبار على توثيق عقد الزواج. وبرغم مشروعية المصالح والأهداف التي أرادها القنن المصري حين اعتمد على هذا الأسلوب فإن أحدًا لا يستطيع القول بوجود أساس واضح له في التطبيقات القضائية السابقة. ويتمثل أساسه الأكثر بروزاً في الحق العام للمحاكم وسلطته في تخصيص ولاية المحاكم الشرعية بالزمان والمكان وبعض أنواع القضايا، كما صرحت بذلك المذكرات التوضيحية المرفقة بالقوانين التي ورد فيها تطبيق هذا الأسلوب. (انظر تعليق ص 231).

وقد تصح الانتقادات التي أوردها المؤلف على هذا الأسلوب بشكل عام، غير أنها لا ترد عليه بالنظر إلى تطبيقاته المعبية، خاصة وأن المقاصد التي تغنيها هذه التطبيقات مقاصد معتبرة شرعاً، =

ولذا فإن القول بوجود توثيق الزواج مما لا يبعد أن يصل إليه اجتهاد مجتهد، ويصدق ذلك على المسائل الأخرى التي قيد فيها اختصاص المحاكم الشرعية.

ومع ذلك فإن هذا الاجتهاد يمثل جانباً أساسياً من جوانب المنهج الذي اعتمدت عليه التشريعات الحديثة في الاستجابة للتطورات التي شهدتها المجتمعات الإسلامية في العصر الحديث، وما يزال العمل بتطبيقاته سارياً إلى الآن.

الفصل الثالث عشر

التقليد والتجديد في الفكر التشريعي

كان الإجماع قد انعقد من الناحية النظرية على أن فقه الأسرة كما أوضحته المؤلفات الفقهية في العصور الوسطى هو وحده التعبير النهائي البالغ الحجية عن الأحكام الشرعية. وفي ظل التقليد الناتج عن هذا التصور بقيت القواعد الأساسية في هذه المؤلفات على حالها ثابتة لا تتغير، وإن جرى التوسع في تطبيقها أحياناً لتشمل ما يجد من حالات. غير أن الخلاف الفقهي كان قد تشعب فيها بين مذاهب أهل السنة المتعددة وفي داخل كل مذهب منها، وأقر الإجماع هذه الخلافات من حيث كونها تفسيرات لمقصود الشارع، كلها صحيحة ومشروعة على قدم المساواة. وقد كان الأصل المتمثل في أن التقليد يميز بطبيعته التخبر من بين هذه الآراء المتنوعة التي تضمنتها الكتب الفقهية المعتمدة هو الذي سمح بتعديل واسع النطاق للأحكام الفقهية التي كانت مطبقة في بلاد الشرق الأوسط من قبل، وهو الذي أتاح للمجددين المحدثين أن يضيفوا مغزى جديداً للخبر المنسوب إلى النبي ﷺ: «اختلاف أمتي رحمة»⁽¹⁾.

وقد عرف العالم الإسلامي من قبل بعض التجارب الهامة في اتجاه تلويب الحواجز الجغرافية التي استقر عليها توزيع المذاهب الفقهية في العصور الوسطى. إذ أسفرت العناية الرسمية للخلافة العثمانية بالمذهب الحنفي عن إقامة محاكم تطبق أحكام هذا المذهب في بعض أقاليم الدولة المنسوبة لشعوبها إلى مذهب آخر. ومن ثم

(1) سبق تخريج هذا الحديث ص 204، وانظر كذلك تخريجه في الفكر السامي للحجوي 480/4.

خضع المتقاضون - الشوافع والمالكية في مصر، والمالكية في تونس والسودان - على نحو حتمي إلى أحكام المذهب الحنفي. غير أن الصراع الذي لا بد أن سببه مثل هذا الموقف لضيق الفرد فيما يتعلق باتتمائه المذهبي لم يكن ذا خطر في واقع الأمر؛ فقد تبنت المجتمعات الإسلامية مذهباً أو آخر في مسائل العبادات والشعائر، وأما في الموضوعات القانونية بمعناها الفني فقد كانت هذه المجتمعات مستعدة لقبول إقامة محاكم تطبق قواعد مذهب آخر غير الذي تبنته⁽²⁾. وقد احتفظ الفقه الحنفي بمكانته الخاصة في المناطق المذكورة حتى بعد انسلاخها عن الدولة العثمانية، فظلت المحاكم الحنفية تعمل في مصر، وانتصب قاضيان للقضاة في تونس، أحدهما حنفي والآخر مالكي، على حين حقق العمل القضائي في السودان على نحو تدريجي نوعاً من التقريب بين النظامين الحنفي والمالكي.

ولا محل للنزاع أبداً - من الناحية النظرية - حول حق المسلم في أن يختار مذهباً أو آخر، وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية. ونظراً لازدياد دواعي الاختلاط بين الشعوب الإسلامية في الأزمنة الحديثة فقد كان من الطبيعي أن يكتسب هذا الأصل مزيداً من الأهمية، وألا نجد المحاكم التي تدين بالولاء للمذهب معين - تبعاً لذلك - أية غضاضة في العمل بمذهب آخر، طبقاً للمذهب الخاص بالمتنازعين، ولتتوى علماء هذا المذهب الذين قد ترجع إليهم تلك المحاكم. وأكثر من هذا أن النظر التقليدي يميز للمسلم أن يغير مذهبه حسب رغبته الخاصة⁽⁴⁾. وهو الأمر الذي اعترفت به محكمة هندية في قضية جرت بمدينة «بومباي» سنة 1864 م [1281 هـ] بين

(2) بناء على تلك القاعدة الأصولية التي تقرر حق الحاكم - بكونه مجتهداً - في الترجيح بين الآراء المختلفة في مواطن الاجتهاد، وتعيين أي منها للعمل به. انظر في ذلك: المستصفي للفرزاني مع مسلم الثبوت: 370/2 وينازع الماوردي في حق الحاكم تقييد حكم القاضي بمذهب معين. الأحكام السلطانية ص 68.

(3) يجب تقييد هذا الحكم بأن يكون ذلك في غير أحوال النزاع والتفاسي. أما في هذه الأحوال فإن على القاضي أن يحكم بما يراه هو موافقاً للدليل إن كان مجتهداً، وهذا هو الواجب لدى جمهور العلماء. فإن كان مقلداً قام قول الإمام الذي يقلده بمنزلة الدليل بالنسبة للمجتهد.

(4) اختلف الأصوليون في جواز انتقال المقلد عن مذهب إمامه الذي التزم بتقليده، كما ذكره الشوكاني في إرشاد الفحول ص 272، بعد أن اختلفوا في مسألة وجوب الزام العامي باتباع مذهب معين أولاً. والأوفق للأصول أن للمقلد الانتقال من مذهب إلى آخر (انظر فتح القدير 457/5). غير أن ذلك لا يؤثر شيئاً بالنسبة للواجب على القاضي، فواجبه اتباع الدليل الذي يراه، لا الحكم بما يراه للمتقاضيان.

محمد إبراهيم وغلام أحمد. فقد ذهبت هذه المحكمة إلى صحة زواج فتاة نشأت شافعية وتزوجت دون موافقة أبيها، على أساس تأكيد الفتاة نفسها بأنها كانت تحولت إلى المذهب الحنفي، وأنها تزوجت طبقاً لما يقضي به هذا المذهب، الذي يميز - وحده كما سبق أن ذكرنا - للمرأة البالغة تزويج نفسها دون إذن وليها. وكان العمل القضائي في «زنجبار» حتى عهد قريب يتوسع في الاعتراف بحق المتقاضي المسلم في أن يتجنب حكماً لا يناسبه مما يتضمنه المذهب الذي ينتمي إليه، وإن كان ذلك من وجهة النظر المحافظة أمراً غير مشروع تماماً. ففي الفقه الإباضي (والإباضية هم الفرع الباقي من الخوارج) يصح للزوجة الحصول على فسخ زواجها لقسوة الزوج وسوء عشرته، بينما لا يتيح الفقه الشافعي للزوجة أي علاج في مثل هذه الظروف سوى نوع من الحكم بإبعاد الزوج عنها والحيلولة بينها فترة معدودة⁽⁵⁾. ولذا فإن الزوجات الشافعيات كن يلجأن لفسخ مثل هذا الزواج إلى حيلة يسيرة تتمثل في رفع طلب التفريق إلى القاضي الإباضي. ولكننا نلاحظ فيما يتعلق بالمذاهب السنية الأربعة - على كل حال - أن الظروف الحديثة قد أدت إلى قيام وعي متزايد بأحكامها المتنوعة وإلى اعتراف المحاكم الشرعية بحجية تلك الأحكام على قدم المساواة.

وينبغي دراسة الأنشطة التشريعية الحديثة لبلاد الشرق الأوسط في إطار ما تقدم من زيادة الاحتكاك والألفة بين هذه المذاهب المختلفة في العمل القضائي. ففي سنة 1915 م [1334 هـ] تقرر الأصل للممثل في جواز توجيه المحاكم الشرعية توجيهاً له صفة العموم كي تقوم بتطبيق رأي مذهب آخر سوى المذهب الذي التزمت هذه المحاكم بتطبيقه على نحو تقليدي، حيث صدرت في هذا التاريخ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السودانية وإجراءاتها، متضمنة في مادتها الثالثة والخمسين أن لقاضي القضاة الحق في إصدار منشورات أو مذكرات قضائية توجب العمل ببعض الأحكام المستمدة من مذهب آخر غير المذهب الحنفي المعتمد أساساً. غير أن التشريعات العثمانية الصادرة سنة 1915 م [1334 هـ] و 1917 م [1336 هـ] هي التي حازت السبق في هذا

(5) يعبر الغزالي عن هذا الرأي الذي يشير إليه المؤلف بقوله فيما إذا وقع الشقاق بين الزوجين نتيجة سوء خلق الزوج «أن يحال بينهما حتى يعود إلى العدل، ولا يعتمد قوله في العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن» الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: 96/2 ونهاية المحتاج: 384/6. وهناك في المذهب آراء أخرى؛ فأبو إسحاق الشيرازي يذهب إلى أنه «إذا ادعى كل واحد منهما التشويز على الآخر أسكنها الحاكم إلى جنب نقة، ليعرف لظالم منها فيمنع من الظلم، فإن بلغنا إلى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمن للإصلاح أو التفريق. لأنه وقع الشقاق واشتباه الظالم منها فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما، كما لو قذفها وتلاعنا». المهذب: 70/2.

الاتجاه التجديدي، ووضعت المثال الذي احتلته فيها بعد بلاد الشرق العربي بوجه عام. وقد قننت أحكام الأسرة - أو جانبها الموضوعي - استناداً إلى الأساس الفقهي المتمثل في أن للحاكم الحق بمقتضى سلطاته السياسية المعترف بها أن يحدد ولاية المحاكم الشرعية، بمعنى أن له أن يوجب عليها تطبيق رأي معين من بين الآراء المتنوعة العديدة القائمة⁽⁶⁾. وتضم هذه التقنيات أيضاً بعض التنظيمات المماثلة للترتيب التي ناقشناها من قبل والتي تضع قيوداً إجرائية تحد من اختصاص المحاكم؛ غير أن القدر الغالب منها يتألف من هذه الأحكام المتقاة من مجموع الآراء التي انطوى عليها التراث الفقهي في مجموعه، والمختارة من بينها لكونها أصلح للتطبيق في العصر الحديث.

وهذا في الواقع هو الأسلوب الثاني للتجديد التشريعي المعتمد على قوة إلزام السلطات السياسية، وإن كان أكثر أهمية من سابقه بكثير. و«التخير»⁽⁷⁾ هو الاصطلاح العربي العام لمزاولة الانتقاء من مجموع التراث الفقهي على هذا النحو. وإذا صرفنا النظر عن أسلوب الاختيار الضيق من بين الآراء المتعددة داخل المذهب الحنفي وحده، الذي سلكته مجلة الأجكام العثمانية، فسنرى أن العمل بمبدأ «التخير» قد اتخذ أساليب ثلاثة متميزة، يصح اعتبارها بوجه عام مراحل متسلسلة زمنياً في تطوره.

[1] لقد كانت الخطوة الأولى والطبيعية الأخذ بالرأي الأرجح في أي من المذاهب السنية الثلاثة بدلاً من المذهب الحنفي السائد قضائياً. ولعل مسألة

(6) هذا الأساس في عبارة القرافي: حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مله للمذهب الحاكم وتفسير فنياء بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء، الفروق 103/2. ويضع هذا الأساس الأصل المتمثل في وجوب نزول المتقاضي على حكم قاضيه حتى لو كان هذا الحكم مخالفاً للمذهب الذي يقلده هذا المتقاضي.

(7) ناقش الشاطبي موضوع التخير وأسسه التي يقوم عليها والنتائج المترتبة عليه، وأوضح حكمه الذي يتلخص في أن الشريعة ترجع إلى قول واحد، وأنه ليس للملحد أن يتخير في الخلاف، أما المجتهد فله أن يتخير بشرط أن يكون تخيره في العمل بأحد الدليلين قاصداً لقتضي الدليل في العمل المذكور، لا قاصداً لاتباع هواه فيه، ولا لقتضي التخير على الجملة، فإن التخير الذي هو معنى الإباحة مقدر ههنا، واتباع الهوى ممنوع فلا بد من هذا القصد، المواقفات 135/4.

غير أن العمل بالتخير مما لم تنفرد به التقنيات الحديثة، وبعبارة الشاطبي في الموضع ذاته أنه قد «وجد في الأزمنة السالفة فضلاً عن زماننا، كما وجد فيه تتبع رخص المذاهب اتباعاً للغرض والشهوة، وذلك فيما لا يتعلق به فصل قضية وفيما يتعلق به ذلك أي في الأحكام التي لا تتبع التقاضي، وتتصل بما بين الإنسان وبين نفسه في عبادته وعادته، أو في الأحكام التي تتعلق بالتقاضي».

الفرقة - وبخاصة ما استند منها إلى طلب الزوجة - تزودنا بمثال واضح لذلك؛ حيث كانت البلاد الحنفية قد أحست بأن إصلاح الأحكام المعمول بها في هذا الموضوع أمر ملح بصفة خاصة، وحيث قد أمكن تحقيق هذا الإصلاح فعلاً بالاعتماد على أسلوب «التخير». ذلك أن المذهب الحنفي لا يتيح للزوجة التوصل إلى حكم قضائي يفسخ زواجها إلا إذا ثبت عجز الزوج عن معاشرتها⁽⁸⁾؛ كما أنها لا تستطيع الحصول على الفسخ بناء على الوفاة الحكيمة لزوجها المفقود إلا إذا مرت فترة - منذ فقده - يبلغ بها عمره تسعة وتسعين عاماً. وهي لا تستطيع - فيما عدا ذلك - الخلاص من اقتران يضر بها إلا عن طريق سعيها إلى عقد اتفاق مع الزوج على الطلاق. ذلك على حين أن المذاهب الأخرى - وبخاصة مذهب المالكية الذين كانوا أكثر تحمراً في هذا الشأن - قد أجازت للزوجة المطالبة بالفرقة على أساس سوء عشرة الزوج أو رفضه الإنفاق عليها، أو عجزه عنه، أو هجره لها، أو إصابته بعيب مستحكم تنضرب معه الزوجة من استمرار العلاقة الزوجية بينها.

وفي ضوء ذلك كله فإن المحاولة العظيمة الأولى لإصلاح الأحكام التقليدية للأسرة، تلك التي تتمثل في قانون حقوق الأسرة العثماني الصادر سنة 1917 م [1336 هـ]، قد أتاحت للزوجة المطالبة بفسخ الزواج قضائياً في حال إصابة الزوج بعله مستحكمة أو إذا كان غاب عنها دون أن يقوم بالإنفاق عليها. ويعتبر المذهب المالكي الأساس لما أخذ به ذلك القانون في التفريق للسبب الأول⁽⁹⁾ والمذهب الحنلي هو أساسه في التفريق للسبب الآخر. بيد أن مصر قد تجاوزت ذلك إلى تبني أحكام المذهب المالكي على نحو أكثر اكتمالاً في أحكام التفريق التي تضمنها قانون 1920 و 1929؛ حيث اشتملا على نصوص تقضي بجواز التفريق في حال عدم قيام الزوج بالإنفاق على الزوجة وهو حاضر، وهو الأمر الذي قبله المالكية خلافاً للحنابلة، كما

(8) انظر في ذلك أيضاً الأحوال الشخصية للمرحوم محمد أبو زهرة ص 405، وفتح القدير: 262/3 وما بعدها.

(9) للاطلاع على رأي المالكية انظر - مثلاً - الدسوقي على الشرح الكبير 271/2. وأنواع العيوب التي يفرق بها في المذهب المالكي ثلاثة عشر نوعاً، أربعة يشتركان فيها، وهي الجنون والجذام والبرص والذئبة وأربعة خاصة بالرجل وهي الجب والمنة والخصاء والاعتراض، وخسة خاصة بالمرأة وهي الرتق والقرن والعقل والإفضاء والبخر. ولا يعتبر غير هذه العيوب مما يعد عيباً في العرف سبباً للفرقة إلا بالاشتراط. الرجوع نفسه 280/2. ولا ينفرد المالكية بذلك فيكاد يتفق الشافعية والحنابلة معهم في هذا الصدد. انظر: مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج: 202/3، والمغني لابن قدامة: 185/7 نشر مكتبة القاهرة 1369 هـ.

اشتملا على الحكم بالتفريق قضائياً لأمر آخر هو غيبة الزوج المستمرة لمدة عام واحد وإن كان له مال حاضر يفي بنفقة الزوجة⁽¹⁰⁾.

ولئن كان التقنين المصري في هذا الشأن مالكي الاتجاه فيما هو الغالب عليه فإنه قد أخذ مع ذلك ببعض آراء المذاهب الأخرى. فنراه - أولاً - يعتبر أن غيبة الزوج لعذر معقول - كاضطراره لذلك بسبب العمل - يصلح دفعاً مقبولاً لطلب الزوجة التفريق بسبب هذه الغيبة. وهذا في الحقيقة هو الحكم المعمول به في المذهب الحنبلي. أما المذهب المالكي فقد استبعد أسباب غيبة الزوج من التقدير القضائي، سواء بدت معقولة أو لا. ومن الجدير بالملاحظة أن السودان قد تابع المذهب المالكي في هذا الصدد على نحو أكثر التزاماً، حيث أجاز المنشور القضائي الصادر سنة 1916 م [1335 هـ] التفريق لغيبة الزوج مدة عام فأكثر، مهما كان دافعه إليها، بشرط واحد هو أن تؤكد الزوجة خوفها من الوقوع في ارتكاب المحظور، نتيجة بقائها بعيدة عن زوجها.

ونجد - ثانياً - أن القانون المصري قد خالف جزئياً الرأي المالكي فيما يتعلق بطلب الزوجة التفريق على أساس اتهامها للزوج بسوء العشرة. فحينما تثبت الزوجة هذا الاتهام فإن المحكمة تحكم بالتفريق مباشرة، أما إذا لم يمكن إثباته، واتضح مع ذلك وجود شقاق بين الزوجين، فيتعين إقامة حكمين من أهليها، وإذا لم تكلل مساعي الحكمين في الصلح بينهما بالنجاح فعليها الحكم للزوجة بالتفريق إذا وجدا أن السبب الأصلي في الشقاق يعود إلى الزوج. وإلى هنا يتفق ما أخذ به القانون المصري مع المذهب المالكي. أما حين يجد الحكماء أن مرجع اللوم في هذا الشقاق إلى الزوجة على نحو واضح فإن الفقه المالكي يخولها الحق في فرض ذلك النوع من التفريق الذي يعرف بالخلع، حيث تلتزم الزوجة بدفع عوض مالي، يكون عادة هو المهر أو جزءاً منه، نظير إطلاق سراحها. بيد أن القانون المصري لم يخول الحكمين هذا الحق مستنداً إلى رأي الفقيه المالكي ابن رشد⁽¹¹⁾، ولعله أثر هذا الرأي لأن غاية واضعيه كانت هي

(10) انظر ذلك في كتاب «الأحوال الشخصية» للمرحوم محمد أبو زهرة ص 427.

(11) بل تذكر كتب المالكية أن الزواج على المرأة لا يعد ضرراً يعطي الزوجة حق التفريق؛ انظر تبصرة الحكم لابن فرحون 195/2، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل: 17/4، وحاشية الدسوقي 345/2، وتقريرات الشيخ محمد عليش على الشرح المذكور المطبوع بهامش الحاشية المذكورة: 345/2 أيضاً. والمقصود عليه في هذه المواضع أن للزوجة التطلق بالضرر تهرجها، لا بمنعها من حاتم وفقرته. . أو تسر أو تزوج عليها فادعاء الأصل المالكي لهذا الحكم ادعاء غير صحيح.

مد يد العون إلى المظلومات من الزوجات، لا إلى الأزواج الذين قد يفي حقهم المقرر في إيقاع الطلاق بالعلاج في مثل هذه الظروف.

ويشبه ذلك من الناحية الموضوعية هذه الإصلاحات التي أخذت بها شبه القارة الهندية في مجال أحكام الفرقة، والتي تضمنها «قانون إنهاء زواج المسلمين The Dissolution of Muslim Marriages Act» الصادر سنة 1939 م [1358 هـ].

غير أن هذا القانون لا يمكن اعتباره مجرد أخذ برأي المذهب المالكي أو غيره بدلاً من المذهب الحنفي السائد، على غرار القانون المصري وسائر القوانين الصادرة بعده في منطقة الشرق الأوسط. نعم، لقد زعم واضعوا القانون الهندي أنهم استندوا فيه إلى ما أخذ به المالكية، كما أن هذا القانون في واقع الأمر أكثر متابعة للمذهب المالكي من نظيره المصري في مسألة واحدة في الأقل، فقد أخذ بأن للزوجة الحصول على حكم بالتفريق لسوء عشرة الزوج في حال زواجه بغيرها ومخافاته العدالة في معاملته إياها، وهو الأمر الذي نصت عليه المصادر المالكية واعتبرته منشأ للضرر⁽¹²⁾. غير أن هذا القانون قد اشتمل على بعض الأحكام التي تناقض الفقه الإسلامي كله برغم أنها تبدو أكثر ملاءمة للظروف الحديثة، كالحكم بأن ردة الزوجة المسلمة لا تستتبع بذاتها فسخ الزواج. وتشتمل كذلك بعض أحكامه الأخرى على تعديلات واضحة للقواعد المالكية الأساسية، كاشتراطه أن يستمر امتناع الزوج عن الإنفاق مدة عامين، وأن يستمر غيابها عنها وعدم أدائه لواجباته الزوجية إلى ثلاثة أعوام، كي يصح للزوجة طلب التفريق لأي من هذين السببين. بل إن هذا القانون قد تجاهل تماماً الجوانب الإجرائية التي قد تتيح للزوجة - طبقاً لما أخذ به المالكية - الحصول على حقها في الفرقة لأحد الأسباب السابقة، فأغفل تلك الأحكام الخاصة بالحكمين في أحوال اتهام الزوج بسوء العشرة، وتبني - أيضاً - شكلاً معيناً للتفريق بين الزوجين، حيث اعتبره «فسخاً» بدلاً من عده «تطليقاً» قضائياً، حسبما ذهب إليه المذهب المالكي وتبناه القانون المصري.

وينطوي التمييز بين هذين النوعين من الأحكام القضائية على مغزى خاص فيما يتعلق بالتفريق لامتناع الزوج عن الإنفاق؛ ففي قانون «إنهاء زواج المسلمين» ينتج الحكم بالفسخ على هذا الأساس حل عقدة الزواج نهائياً، على حين يسفر «التطليق»

(12) يتفق هذا الحكم بشدة مع ما كان من اتجاه حكومة الاحتلال إلى تشجيع النشاط التبشيري وتيسير الأمر على الذين يقعون في شباك هذا النشاط بالإبقاء على روابطهم العائلية، فهل هذا هو نوع التلازم مع الظروف الحديثة؟

القضائي الذي أخذ به المالكية واختاره القانون المصري عن تطليقة واحدة رجعية⁽¹³⁾، لا تصير بائة إلا بعد انقضاء العدة التي يمكن للزوج خلالها مراجعة زوجته إذا أثبت استعداده للإنتفاق على زوجته. ولما كان القانون المصري قد أخذ برأي الشافعية في تحديد معيار النفقة الواجبة للزوجة على أساس الوضع المالي الخاص بالزوج فمعنى ذلك أنه لو أثبت استعداده للوفاء بضرورات المعيشة وحدها لأمكنه - في ظل هذا القانون - وقف أثر التطبيق القضائي المحكوم به بسبب الامتناع عن الإنتفاق⁽¹⁴⁾.

والمثال الثاني للأسلوب الأول من أساليب «التخير» الذي مارسه بلاد الشرق الأوسط والذي يتمثل في العدول عن مذهب الاحناف إلى الرأي الأرجح في مذهب آخر - هو هنا المذهب الحنبلي - إنما يتعلق بحق الزوجين في تنظيم شؤون علاقتها الزوجية عن طريق اشتراط شروط خاصة في عقد الزواج نفسه. ويعد الأخذ بما رآه الحنابلة في هذا الصدد معلماً هاماً للتشريعات الحديثة في منطقة الشرق الأوسط. وليس يغلو من مفارقة أن أحكام هذا المذهب، المعروف في النظرة التقليدية بجموده وتشده والذي لم يظفر في تاريخه بأي انتشار واسع النطاق - هي التي صارت تعد الآن بحق أكثر ملائمة لتنظيم حياة عدد كبير من المسلمين الأحناف. ومن جهة أخرى فإن نظرة الأحناف والشافعية والمالكية إلى الشروط في عقود الزواج تنسق بشكل طبيعي مع نظريتهم الأساسية في العقود⁽¹⁵⁾ بوجه عام، والتي تتضمن أن الآثار الناتجة عن أية علاقة تعاقدية هي محددة سلفاً في الشرع من حيث الحقوق والواجبات الناشئة عنها، فلا تخضع تلك الآثار للتعديل حسب إرادة المتعاقدين. وطبقاً لذلك فإنما تكون الشروط صحيحة نافذة إذا كانت تفيد دعم آثار العقد المحددة في الشرع.

وبعني تطبيق هذا الأصل في تلك المذاهب على عقود الزواج أن أي اشتراطات

(13) التزويق لعدم الإنتفاق يحتسب طلاقاً واحدة رجعية فيها رآه فقهاء المالكية. انظر حاشية الدسوقي 519/2. وتنص على ذلك المادة السادسة من قانون 1920، فقد جاء فيها أن «تطبيق القاضي لعدم الإنتفاق يقع رجعياً، وللزوج أن يراجع زوجته إذا أثبت يساره واستعد للإنتفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنتفاق لم تصح الرجعة».

(14) انظر ما أخذ به القانون المصري في التطبيق لعدم الإنتفاق في كتاب «الأحوال الشخصية للمرحوم محمد أبو زهرة» ص 504 وما بعدها، وكذلك «الأحوال الشخصية» للأستاذ أحمد المصري ص 670 وما بعدها، طبعة 1387 هـ، وهو بحث جيد في المقارنة بين المذاهب المختلفة.

(15) للمقارنة بين مواقف المذاهب المختلفة من الشروط في العقود انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري 1000/3 - 175 والمراجع المثبتة في هذا البحث.

تعد منافية لجوهر الزواج، كاشتراط تأقيته بوقت معين، من شأنها أن تجعل العقد نفسه باطلاً تماماً، على حين أن أي شرط يتضمن نقضاً أو تعديلاً في الحقوق الثابتة لأطراف العقد - كحقوق الزوجة في المهر والنفقة وحقوق الزوج في طاعة زوجته له واتخاذ ثلاث زوجات غيرها وتطلقها بإرادته الخاصة - يعد في ذاته فاسداً ولاغياً كأن لم يكن، كي يبقى العقد نفسه صحيحاً. أما الشروط التي تتضمن تأكيد هذا الإطار المحكم لعلاقة الزوجية فهي صحيحة، كاشتراط مقدار مسمى في المهر⁽¹⁶⁾. وعلى العكس من ذلك فقد قطع المذهب الحنبلي شوطاً بعيداً في اتجاه الأخذ بمبدأ الحرية الفردية لتنظيم العلاقات التعاقدية. وكان ذلك نتيجة السمات المميزة للتفكير الأصولي الحنبلي في تطوره الأول؛ فقد أدنى أخذ علماء هذا المذهب الباكرين بأن نصوص الوحي الإلهي المقبولة هي التي تتألف منها الأدلة الصحيحة للأحكام الشرعية إلى إضفاء تأكيد بالغ على المضامين الواضحة (للتوجيه القرآني⁽¹⁷⁾) «المسلمون على شروطهم». ولذا فالأمر طبقاً لما رآه الحنابلة أن أي شرط يدرجه الزوجان ضمن عقد زواجهما سيعد صحيحاً ونافذاً ما لم يتعلق هذا الاتفاق بشيء حرمه الشرع صراحة، أو بما ينافي بمبنى الزواج على نحو واضح. ورغم أن هذه الصيغة تمتنع من اشتراطات معينة كتأقيت النكاح بوقت محدد فإنها تحيز خلافاً لما أخذت به المذاهب الأخرى تلك الاشتراطات التي تعدل في حقوق الزوجين وواجباتها المألوفة، وبخاصة ما يرد منها لمصلحة الزوجة وتأمين مركزها؛ فليس من قبيل ما هو عرم صراحة أو ضمناً ولا مما ينافي بمبنى الزواج أن يلتزم الزوج بأن تكون له زوجة واحدة، أو بالأحرى الزوجة على الإقامة في مكان لا تريده، أو باحتفاظ الزوجة بحريتها في القيام ببعض الأنشطة الاجتماعية أو المهنية. ولذا فالشروط التي ترد بهذا المعنى صحيحة ونافذة طبقاً لما أخذ به الحنابلة.

وحيث كان هدف المجددين الأساسي في الشرق الأوسط هو تحسين الوضع القانوني للمرأة فقد انطوى النظر الحنبلي هنا على جاذبية خاصة لا يمكن إنكارها، فتبنته لذلك بدرجات متفاوتة معظم البلاد العربية. وفي ظل قانون حقوق الأسرة العثماني الصادر سنة 1917 م [1336 هـ] كانت الشروط الواردة ضد اتخاذ الزوج زوجة ثانية

(16) راجع موضوع الشروط المقررة بعقد الزواج وآراء المذاهب في: «الأحوال الشخصية» للمرحوم محمد أبو زهرة ص 179 وما بعدها، وأحكام الأسرة للدكتور محمد بلتاجي ص 183 وما بعدها.

(17) ليس ذلك نصاً قرآنياً وإنما هو حديث عن النبي ﷺ، ولو رجع المؤلف إلى كتاب أساتذته «شاخت»، The Origins ص 181 لعرف ذلك بيسر وسهولة؛ فقد ذكر شاخت ترجمة هذا النص إلى الانجليزية بالكلمات ذاتها التي ترجمه بها المؤلف، ووضع إلى جواره نصه العربي بحروف لاتينية.

هي التي اعتبرت صحيحة أخذاً بهذا الأصل الحنبلي. وينطبق ذلك على قانون الأحوال الشخصية المغربي الصادر سنة 1958 م [1378 هـ] وقد ظهرت في مصر سنة 1926 م [1345 هـ] بعض الاقتراحات الداعية إلى تطبيق المذهب الحنبلي على نطاق واسع للإفادة منه في تقييد حق الزوج لا في التعدد فقط، بل وفي قوامته العامة على الزوجة كذلك. غير أن هذه المقترحات لم توضع موضع التطبيق القانوني. وقد نص قانون حقوق الأسرة الأردني الصادر سنة 1951 م [1371 هـ] على أن أي شرط يتضمن نفعاً لأحد الطرفين يعد صحيحاً، على حين أن قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953 م قد تضمن على وجه التعيين بعض الشروط المقيدة لحرية الزوج في بعض الأمور التي أباحها له الشرع. والموقف الذي تبناه أحدث قوانين الأحوال الشخصية صدرت في الشرق الأوسط - أعني القانون العراقي الصادر في 30 من ديسمبر سنة 1959 م [1379 هـ] - يشبه الموقف السوري إلى حد كبير، وإن كان النص الغامض للمادة المتعلقة بالموضوع يعطي المحكمة مجالاً كبيراً للتأويل^(٢). وفي كل هذه القوانين التابعة للمذهب الحنبلي فإن الشروط التي تتضمن مصلحة للزوجة تعد من الناحية القانونية ملزمة، لا بمعنى إجبار الزوج على الوفاء بها عن طريق حكم يجرم عليه مخالفتها، بل بمعنى أن هذه المخالفة تشكل انتهاكاً خطيراً للعقد من شأنه أن يحل الزوجة من التزاماتها الواجبة عليها طبقاً للعقد، ويتيح لها الحق في رفع دعوى لفسخ الزواج.

وما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن محاكم شبه القارة الهندية قد اعترفت بصحة الشروط المقرنة بعقود الزواج بين المسلمين «إذا كانت معقولة ولا تنافي نصوص أحكام القانون أو روحه العامة»، مما قصد به فيها يبدو معظم الشروط المقيدة لحق الزوج في ممارسة سلطاته التقليدية^(٣). غير أن هذا الوضع إنما نشأ من الميل الطبيعي لدى القضاة ورجال القانون - الذين كانوا متشبعين بمبادئ القانون الانجليزي - إلى إنفاذ هذه الشروط وإطراح الأحكام المشددة للمذهب الحنفي في هذا الصدد. ولم يكن ذلك قطعاً نتيجة محاولة عمدية للأخذ بأحكام المذهب الحنبلي، كما هو الحال في بلدان الشرق الأوسط.

ولعل المثال الأخير الذي نقدمه فيما يلي لأسلوب «التخبر» الأول ذو أهمية خاصة، من حيث كان الهدف منه هو تقليل المشاق التي عانى منها الأزواج لا الزوجات كما هو الاتجاه العام للتشريعات الحديثة. فمن المعروف أن على المطلقات من غير الحوامل أن يترصدن بأنفسهن مدة العدة التي تستغرق ثلاثة قروء، يحق لمن أثناءها النفقة على

أزواجهن السابقين. وقد رأى المذهب الحنفي أن المطلقة المعتدة بالقروء التي انقطعت دورتها الشهرية عن وقتها المعتاد قبل تمام القروء الثلاثة بقرء أو اثنين تستمر في العدة حتى تتم هذه القروء الثلاثة، أو تبلغ من اليأس المقدّر بخمسة وخمسين عاماً، حيث تعتد حينئذ بمضي ثلاثة أشهر أخرى⁽¹⁸⁾. ويعد هذا الحكم بصفة خاصة مثلاً مؤسفاً يلفت النظر لانحياز⁽¹⁹⁾ فقهاء العصور الوسطى إلى الإصرار على التقيد الآلي في كل الأحوال بحرفية الحكم الفقهي (وهو في تلك الحالة وجوب إتمام ثلاث دورات شهرية) وإلى الإهمال الكامل للهدف الذي وضع هذا الحكم لتحقيقه (وهو هنا التحقق من وجود الحمل أو انتفائه). ونتيجة لذلك استطاعت الزوجات العائبات الحصول على النفقة من أزواجهن آماداً طويلة بمجرد ادعائهن عدم استكمال القروء الثلاثة. ومنعاً لهذا التحايل تبني قانون حقوق الأسرة العثماني الصادر سنة 1917 م [1336 هـ] الحكم المالكلي القاضي بأن عدة مثل هذه المطلقة تنتهي بانقضاء مدة الحمل العادية (تسعة أشهر) مضافة إلى ثلاثة أشهر أخرى هي عدة المطلقة اليائسة من الحيض⁽²⁰⁾. بيد أن هذا القانون قد اقتصر فيما أخذ به فعلاً على الاعتراف بتسعة أشهر بدلاً من اثني عشر شهراً كما ذهب إليه المالكية. ونلاحظ هنا أن مصر قد أبطلت الآثار الناجمة عن الأخذ بالحكم الحنفي التقليدي عن طريق تلك التنظيمات الإدارية التي ناقشناها فيما سبق، والتي تقضي بأن أمد العدة بالنظر إلى الآثار العملية المترتبة عليها هو عام واحد.

ونظراً لأن التجديد التشريعي قد بدأت بوادره في بلاد الشرق الأوسط [الحنفية غالباً] فقد كان من الطبيعي أن تستخلص أهم أمثلة «التخير» من تلك المسائل التي تم فيها التحول عن المذهب الحنفي إلى غيره من المذاهب الأخرى. غير أنه لم يكن هناك أي داع يحول دون إفادة البلاد الإسلامية غير الحنفية من المذهب الحنفي في بعض المسائل؛ ففي الجزائر على سبيل المثال رجحت المحاكم - كما رأينا فيما سبق - العمل بالمذهب الحنفي بدلاً من المالكية فيما يتعلق بأهلية المرأة البالغة لتولي عقد زواجها بنفسها، وفي تونس ألغى قانون 1959 م - الملحق بقانون الأحوال الشخصية الصادر سنة 1957 م - الحكم المالكلي التقليدي القاضي بذهاب باقي التركة عند عدم وجود أي قريب عاصب إلى بيت⁽²¹⁾ المال، وأخذ بمبدأ «الرد على أصحاب القروض» كما

(18) راجع مذهب الأحناف في ذلك في فتح القدير: 27/3.

(19) ليس انحيازاً عاماً في هذا المثال في الأقل، بلليل مخالفة المالكية للأحناف.

(20) راجع مذهب المالكية في حاشية الدرر على الشرح الكبير 470/2.

(21) راجع مذهب المالكية حول توريث بيت المال في المرجع السابق نفسه؛ 468/4.

أوضحته المذاهب الأخرى سوى المالكي. والواقع أن هذا القانون قد ذهب إلى أبعد مما رأته هذه المذاهب بإجازته الرد على الزوجين^(١٥). وأخيراً فإن العربية السعودية - التي بلغ بها اتجاهها المحافظ المتشدد في سنة 1927 م مبلغ الرفض لاقتراح ملكها ابن سعود تقنين الأحكام الفقهية على أساس الإفادة من المذاهب الأخرى غير الحنبلي^(١٦) - قد قبلت حديثاً مبدأ إمكان الأخذ بما رأته المذاهب السنية الأخرى في الظروف التي تقتضي ذلك^(١٧).

[ب] فيما يتعلق بالأسلوب الأول من أساليب «التخير» يحق لأي مجدد - ولو أوغل في تجديده - أن يدعي أنه لم يفعل أكثر من ممارسة حقه المعترف له به (كمقلد) ملتزم باتباع أئمة الفقه في التخير من بين الآراء المختلفة المتساوية في حجيتها، طبقاً لما اعترف به الفكر الأصولي. لكن مثل هذا الادعاء يغدو محل شك حينما يتعلق بالمرحلة الثانية أو بالأسلوب الثاني من أساليب التخير؛ فإن المجلدين في هذه المرحلة قد عملوا على تأصيل الأحكام التي تضمنتها تقنياتهم بنسبتها فقط إلى آحاد الفقهاء الذين اندرست آراؤهم أو كانت مخالفة للآراء الراجحة في المذاهب السنية جميعها.

وخلافاً للمنهج المصري في الحد من زواج الصغار باتباع أسلوب إجرائي غير مباشر يتمثل في المنع من تقديم العون القضائي لهم فإن أكثر قوانين الشرق الأوسط الأخرى - الأردنية والسورية والعراقية والتونسية والمراكشية - قد اقتفت أثر القانون العثماني «حقوق الأسرة» في أنها تبنت مباشرة ضمن قواعدها الموضوعية الحكم القاضي بأنه لا يتعقد زواج الصغير والصغيرة قبل وصولهما إلى سن البلوغ، وهي السن التي يتراوح حددها الأدنى، طبقاً لهذه القوانين المتعددة، من تسع سنوات للبنات واثنتي عشرة سنة للولد فيما أخذ به القانون العثماني إلى ست عشرة سنة لكليهما فيما ذهب إليه القانون العراقي. وقد أخذت هذه القوانين بأن يصبح للمحكمة الإذن بزواج الصغار الواقعة أعمارهم فيها بين الحد الأدنى للبلوغ وسن الأهلية الكاملة للزواج (ثمانية عشر عاماً في التحديد المألوف) إذا اقتنعت ببلوغ طالب هذا الإذن. ونجد هذه الأحكام مستندة الفقه الوحيدي في آراء بعض الفقهاء الباكرين كابن شبرمة الذي ذهب إلى عدم انعقاد زواج الصغار بإجبارهم عليه وفيما رآه الفقه الظاهري ابن حزم بالنسبة لحكم زواج الصغير⁽²²⁾.

وشبيه بذلك ما أخذت به سوريا حينما تبنت في سنة 1953 م [1373 هـ] تحديد

(22) راجع في ذلك المحل: لابن حزم: 458/6 والمغني لابن قدامة: 50/7.

أقصى مدة الحمل بعام واحد، بحكم موضوعي استندت فيه إلى وجهة نظر الفقيه المالكي محمد بن الحكم⁽²³⁾ وحده التي اختلف فيها عن سائر الفقهاء. ويمثله في مخالفة الرأي المعمول به في المذاهب السنية الأربعة كلها تلك التعديلات المتصلة بأحكام الطلاق التي أدخلت بها مصر سنة 1929 م: فصيح الطلاق المعلق إذا نطق بها الزوج لمجرد دفع الزوجة إلى القيام بفعل معين أو تجنبه، دوماً تفكير في إيقاع الطلاق، كان يقول لها: «إن فعلت ذلك ثانياً فأنت طالق» - تعد لاغية فيما ذهب إليه هذا القانون، مؤصلاً ذلك الذي ذهب إليه بآراء تنسب إلى أشخاص معينين كالفقيه عطاء المتوفي سنة 733 م [115 هـ] وشريح الذي روي أنه ولي قضاء الكوفة للخليفة الثاني عمر بن الخطاب (634 - 644 م / 13 - 24 هـ). كما يستند النص القاضي بأن الطلاق المقترب لفظاً أو إشارة بما يفيد التعدد يقع طلاقاً رجعية واحدة إلى حجية بعض الآراء الفردية، كذلك التي تنسب إلى العالم الحنبلي «ابن تيمية»⁽²⁴⁾.

والحق أن الاعتماد على الآراء الشاذة ملمح بارز لقانون الميراث المصري الصادر سنة 1943 م [1362 هـ]. ونعتقد أن إيراد مثالين اثنين كاف في هذا الصدد:

أولهما: أن الحكم الفقهي فيما إذا ولد المولود ميتاً نتيجة عدوان وقع على أمه هو إيجاب نوع مخصوص من الدية ذي مقدار محدد يعرف «بالغرة» يدفعه المعتدي⁽²⁵⁾. وتلتقي المذاهب السنية جميعها على اعتبار مال الغرة مملوكاً للمولود نفسه، ينتقل عنه بالتالي إلى ورثته هو، وإن ذهب الأحناف أكثر من ذلك إلى وجوب توريث هذا المولود - بحكم حياته الاعتبارية الثابتة له بالقضاء لصالحه بالغرة - القدر الذي كان سيرته بطبيعة الحال فيما لو جاء حياً حياة حقيقية، كي ينتقل عنه أيضاً إلى ورثته هو. بيد أن هذا القانون قد ذهب إلى أن هذا المولود لا يملك وبالتالي لا ينتقل عنه إلى ورثته شيء، لا من مال الغرة ولا من أية أموال أخرى من باب أولي، بل إن الأم

(23) أبو محمد عبد الله بن إبد الحكم المتوفي سنة 214 هـ أو 216 هـ، ترجمته في وفيات الأعيان: 34/3، وتهذيب التهذيب: 259/5، ومالك للمرحوم محمد أبو زهرة ص 222. وقد نقل ابن حزم في المحلى: 316/10، رأى ابن عبد الحكم في تقدير أقصى مدة الحمل بعام واحد.
(24) انظر ما أورد به القانون ومستنده في الطلاق المعلق والتعدد: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص 355، 349.

(25) الغرة نصف عشر الدية، أو خمسمائة درهم في مذهب الأحناف وستمائة عند المالكية والشافعية. انظر في ذلك: فتح القدير: 324/8، وحاشية ابن عابدين: 516/5، وشرح الزرقاني: 31/5، ونهاية المحتاج: 360/7.

وحدها هي التي تستحق مال الغرة مقابل انفصال مولودها عنها ميتاً، للتعويض عن الضرر الذي لحق ببدنها هي. وقد كان ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد - وكلاهما من فقهاء المدينة - اللذان توفيا في أوائل القرن الثامن الميلادي وحدهما هما الأصل المزعوم لهذا الحكم.

ويتصل المثال الثاني بمسألة التزاحم بين الجد الأبوي والأخوة في الميراث. وفي ذلك تتفق المذاهب الفقهية جميعها على حجب الأخوة والأخوات من الميراث حجباً تاماً بالجد الصحيح. ويحجب الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب كذلك بالجد الصحيح في المذهبين الحنفي والحنبلي، وإن كان من حقهم أن يشتركوا معه طبقاً للمذهبين الشافعي والمالكي. ويتبنى القانون المصري المبدأ العام الذي صاغه هذان المذهبان الأخيران والقاضي بأن الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب لا يحجبون بالجد الصحيح، وإن ابتعد في فروع كثيرة عن أحكامها المتعلقة بتحديد أسلوب التوزيع على المستحقين من هؤلاء الأخوة. ولنورد شاهداً واضحاً لذلك:

المبدأ العام أن يعد الجد أخاً، وفيما يتعلق بالإخوة فإن الشقيق منهم يحجب الأخ لأب، بفضل قوة رابطة الدم. وبناء على ذلك فإن الميت إذا ترك أب أب وأخاً شقيقاً وأخاً لأب فإن أب الأب يأخذ ثلث التركة والأخ الشقيق ثلثيها طبقاً للمذهبين الشافعي والمالكي، على أساس أنه ينبغي أولاً افتراض إعطاء الأخ لأب نصيبه المقدر بثلث التركة عند احتساب نصيب الجد، ثم يحجب الأخ الشقيق الأخ لأب بعدئذ من أخذ هذا النصيب المفترض ليحصل عليه هو. غير أن الأخ لأب فيما رآه القانون المصري عجوب منذ البداية بالأخ الشقيق الذي يقتسم التركة مع الجد بالتساوي طبقاً لذلك. ويقيم قانون الميراث المصري أحكامه في هذا الفرع وغيره من الفروع التي تختلف مع المذهبين الشافعي والمالكي على الآراء المنسوبة لعلي بن أبي طالب، صهر النبي ﷺ. غير أنه لما كان المستحسن إظهار الاختلاف بين مستند القانون المصري ومستند الشافعية والمالكية على نحو أكثر توازناً فقد ذكر واضعو هذا القانون أن الأمر يتردد بين الأخذ برأي الإمام علي من جهة ورأي كاتب النبي ﷺ [زيد بن ثابت - وهو المستند لما ذهب إليه المالكية والشافعية - من جهة أخرى⁽²⁶⁾].

ونحسب أنه قد اتضح الآن أن عبادة التقليد في المرحلة الثانية وللتنجيز قد صارت ثوباً مهلهلاً يشف عما تحته بعد أن كانت في المرحلة السابقة غطاء سابغاً لأنشطة

(26) انظر مسلك القانون ومستنده في كتاب أحكام التركات والموارث للمرحوم عماد أبي زهرة ص 157 وما بعدها.

المجلدين. وهكذا بلغ الأمر بهؤلاء المجلدين في بحثهم عن سند لاختياراتهم إلى حد التقييد في محصول عشرة قرون من التفكير الفقهي - خلافاً لما جرت عليه التقاليد المرعية من الالتزام بوجهة النظر المذهبية - والتشبث ببعض الآراء النسوبة إلى آحاد العلماء أو التمسك بالشذوذ والمخالفة لوجهة النظر المحافظة، بعد أن عُمي عليها الزمن وأسلمها الاتجاه العام للفكر الفقهي إلى زوايا النسيان.

[3] أما الأسلوب الثالث والأخير للتخير فقد غدا فيه «التقليد» الذي يزعمه هؤلاء المجلدون مجرد شكل مظهري؛ فقد غدت بنية القواعد التشريعية مجرد هيكل يقوم على تجميع الآراء الفقهية المختلفة في طبيعتها ومصدرها ومحاولة المزج بين العناصر المتعارفة التي تتضمنها. وقد أخذ هذا النوع من النشاط مصطلح «التلفيق» الذي ينم عن مضمونه والذي يعني في مدلوله الخرفي: «جمع رقعة إلى أخرى ولفقها معاً».

بيد أن هناك نوعاً من عدم التحديد للمعنى المقصود بمصطلح «التلفيق» فهو يتضمن بطبيعة الحال أي خروج على أحكام المذهب المعمول به؛ ذلك أن لكل مدرسة أو مذهب وحدته الأساسية الخاصة به، ومن ثم فإن الأخذ بالمذهب المالكي - مثلاً - في موضوع الطلاق مع الاحتفاظ بالمذهب الحنفي في موضوع الزواج من شأنه أن ينتج نظاماً قانونياً ملفقاً. وبالمثل فقياً يتعلق بموضوع الشروط في عقد الزواج كان تبني المذهب الحنبلي بشأن الشروط المانعة للزواج من اتخاذ زوجة ثانية دون الشروط التي تضمن للزوجة حريتها الاجتماعية (كما هو الحال في قانون حقوق العائلة العثماني) مما يمكن أن يدخل في المعنى العام لمصطلح «التلفيق». وقريب من هذا ما ذهب إليه قانون الميراث التونسي (انظر ما سبق) حيث أخذ بمبدأ الرد على أصحاب الفروض من غير المالكية، مستقيماً مع ذلك رأي المالكية القاضي بأنه لا حق لذوي الأرحام في الميراث. ويعتمد مبدأ الرد وحقوق ذوي الأرحام معاً بدرجة كبيرة على المكانة التي اختص بها بيت المال. وهكذا يتضمن القانون التونسي الحالي الأخذ بوجهة نظر غير المالكية فيما يتعلق ببيت المال بالنسبة لأصحاب الفروض محققاً في الوقت نفسه بوجهة النظر المالكية فيما يتعلق ببيت المال بالنسبة لذوي الأرحام.

بيد أن الأمر يبدو أكثر من مجرد التوسع في اتخاذ مثل هذا الموقف حينما يؤخذ برأي مذهب من المذاهب لتطبيقه في أحوال معينة وبرأي مذهب آخر لتطبيقه في أحوال أخرى. ويزودنا القانون الروماني - على سبيل المقارنة - بمثال جيد لذلك فيما تضمنته أحكامه الخاصة بالتعدي على مادة مملوكة للغير وتحويلها إلى مادة أخرى «Specificatio» أو استحداث عين جديدة النوع والجنس من تلك المادة، كصياغة حلية من تبر

الذهب. وفي ذلك ترجع ملكية العين المصوغة طبقاً لمذهب «السابينيين» Sabinian School إلى المالك الأصلي للمادة، على حين يختص بها صانعها أو الذي تحولت وهي في يده، طبقاً للمدرسة «البروكوليين» Proculian School. بيد أن «جوستينيان» قد حكم برجع ملكية هذه العين إلى الصانع إن لم يكن ردها إلى حالتها الأصلية، وإلى صاحب مادتها الأصلي إن أمكن ردها لحالتها الأولى. ويتضمن قانون الميراث المصري لسنة 1943 مثلاً يشابه إلى حد كبير هذا الحل الجامع لوجهتي النظر المتعارضتين، وذلك في الحكم المتعلق بموانع الإرث بين غير المسلمين. فطبقاً للمذهب الحنفي لا ينشأ حق الإرث بين وارث ومورث من غير المسلمين إذا كان أحدهما خاضعاً لدولة مسلمة والآخر خاضعاً لدولة غير مسلمة، على حين أن هذا الاختلاف في الدار لا ينشئ مانعاً من الميراث طبقاً للمذهب المالكي. أما القانون المصري فقد رأى أن اختلاف الدار لا يمثل مانعاً من الميراث إذا كانت قوانين الدولة الغير المسلمة التي يتبعها الوارث تسمح بتوريث الأجانب، بيد أنه يمثل مانعاً إذا لم تكن قوانين هذه الدولة تسمح بذلك، على سبيل المعاملة بالمثل⁽²⁷⁾. ومن الممكن اعتبار الأحكام التي من هذا القبيل ضمن البدايات الأولى للاعتماد على التلقيق بمعناه الصحيح. ففي الأمثلة التي سبقت الإشارة إليها تميز بشكل واضح مجالات أعمال الحكم المستمد من مذهب معين عن الحكم المستمد من مذهب آخر، على حين امتزجت تماماً في المثال الأخير وجهتا نظر الأحناف والمالكية معاً لتشكلا في إطار ما أخذ به القانون المصري حكماً قانونياً واحداً ذا طبيعة خاصة.

بيد أن «التلقيق» في شكله الحاد يتخذ مجالاً أوسع بكثير من دائرة الحلول المتوسطة التوفيقية. ففصلاً يتعلق بمسألة ميراث غير المسلمين ذاتها نجد أن القانون المصري، في أخذه بمبدأ المعاملة بالمثل، قد أجاز لليهودي استوطن دولة غير مسلمة أن يرث قريبه المسيحي التابع لدولة مسلمة. وليس هذا ممكناً في الفقه الحنفي، نظراً لاختلاف الدار بين الوارث والمورث، كما أنه غير ممكن في الفقه المالكي كذلك، حيث أن اختلاف الدين بين الوارث والمورث ينشئ مانعاً من الميراث. ومن ثم فإنه على الرغم من أن المجلدين المصريين قد يستندون إلى التأييد المالكي لهم في أخذهم بأن اختلاف الدار لا ينشئ مانعاً من الميراث وإلى التأييد الحنفي لهم في أخذهم بأن اختلاف الدين بين غير المسلمين لا ينشئ مانعاً من الميراث. فإن الجمع بين وجهتي

(27) راجع مسلك القانون المصري ومستنده في أحكام التركات والميراث للمرحوم محمد أبي زهرة ص 113 وما بعدها.

النظر معاً قد أفضى إلى قيام حكم لا سند له في أي مذهب من المذاهب السنية.

ويوجد مثال معقد بشكل خاص لهذا النوع الحاد من «التلفيق» في قانون الوقف المصري الصادر سنة 1946 م [1366 هـ]. فقد أدى الانتقاد العام لنظام الوقف إلى الإحساس بالحاجة الماسة لإصلاح أحكامه الشرعية التقليدية. فالاقتصاديون قد ندوا بتجميد مقادير كبيرة من الأموال العقارية وبقائها بعيدة عن التداول التجاري طبقاً لإرادة الواقف⁽²⁸⁾. وهاجم الأخلاقيون بدورهم شُرور نظام يميز للشخص حرمان ورثته الشرعيين من حقوقهم بوقف ممتلكاته، محتفظاً بمنفعتها لنفسه مدى حياته، كي يمنع أفراد أسرته - كلهم أو بعضهم حسب مشيئته - من الانتفاع بهذه الممتلكات⁽²⁹⁾. وعلاجاً لهذه الضميريين الأساسيين قدم قانون 1946 م ما يلي:

أولاً: أن المدة القصوى لجميع الأوقاف التي حبست لأغراض أخرى غير الأغراض الدينية مقدرة بستين عاماً أو بتعاقب طبقتين من المنتفعين بها، أيها أقل.
وثانياً: أن جميع ورثة الواقف الشرعيين يجب أن يتعين لهم بعد وفاته «استحقاق واجب» في الوقف يساوي حقوقهم في الميراث، سواء نص الوقف عليهم بين المنتفعين أم لم ينص.

وقد استند تحديد مدة الوقف من الناحية الشكلية إلى رأي المالكية الذين يميزون التأقيت في الوقف، فضلاً عن الاستناد إلى هذا الأصل المتمثل في أن من حق الحاكم الأمر بالكف عن بعض ما أباحته الشريعة⁽³⁰⁾. بيد أن حكم «الاستحقاق الواجب» إنما يستند إلى رأي الفقيه الظاهري ابن حزم⁽³¹⁾ وبعض فقهاء الحنابلة الذين يرون أن منع

(28) لا تحتم أية نظرية اقتصادية تحريك الأموال كلها في التجارة، فالممتلكات العامة للأمة في أكثر صورها بعيدة عن التداول التجاري، ولم يطالب أحد بوجوب إخضاعها للتعاملات التجارية، وتيسير ورود البيع والشراء فيها. والسبب الحقيقي أن الحكومة في ذلك الوقت كانت قد اتجهت إلى تفويض سلطات الهيئات الدينية التي كانت معظم هذه الأوقاف تحت سلطانها.

(29) القاعدية في المذهب الحنفي الذي كان معمولاً به قبل صدور هذا القانون احتساب الوقف من ثلث المال إذا نشأ في مرض موت الواقف مع مراعاة عدم محابة بعض الورثة إن لم يميزوا الزيادة عن الثلث ولا محابة بعضهم، واحتسابه من جميع المال إن كان قد نشأ في صحة الواقف. البحر الرائق: 195/5 وما بعدها.

(30) ناقش الشاطبي مسألة تغير الإباحة إلى الكراهية أو الحرمة، وأنواع الطوارئ المسببة لهذا التغير. انظر الموافقات: 181/1 وما بعدها.

(31) انظر المحلى: 182/6، وقد ذكر ابن حزم أن الواقف إن خص بالوقف «بعض بنه فالحبس صحيح ويدخل سائر الولد في الغلة والسكنى مع الذي خصه». يرهان ذلك أنها فعلاً متغايران بنص =

الوقف بعض ورثته حقهم هو ظلم لهم، ففقدوا لهذا بوجوب إدراج الورثة الذين استبعدهم الوقف ضمن المتفعين بالوقف.

ونستخلص مثلنا الخاص بالتفريق هنا من هذه الأوقاف التي آل الأمر فيها إلى فرض هذا النوع من «الاستحقاق الواجب» والتي تنتهي بأحد الأجلين المنصوص عليهما في القانون المصري، إذ تضمنت مادته السابعة عشرة أن العين الموقوفة بعد انقضاء مدة وقفها - طبقاً للتحديد السابق - تؤول إلى الوقف إن كان ما يزال حياً وإلى المتفعين بها إن كان ميتاً. وبالنظر إلى الجوانب الاجتماعية والحلقية المحضة - وخاصة في ضوء المقصد الخاص بحماية مصالح ورثة الوقف - فإن تحقيق هذا الحكم للعدالة أمر لا يتطرق إليه الشك. بيد أن محاولة إرساء أسسه الفقهية على الآراء التقليدية المحتج بها أمر مفرط في الضعف. ومن الواضح أن النقطة الأساسية في الموضوع هي ملكية العين الموقوفة، إذ إنها هي التي يتحدد في ضوءها مبدأ انتقال العين الموقوفة عقب انقضاء مدة الوقف. وبتمسك الملكية - بطبيعة الحال - بأن هذه الملكية تظل للوقف، على حين يرى الحنابلة انتقالها إلى المتفعين بالوقف. ولذا فمن الممكن اعتبار القانون المصري في هذا الصدد قائماً على مزج هذين الرأيين معاً، بحيث يأخذ بحكم الملكية إذا كان الوقف حياً، وبحكم الحنابلة إذا كان ميتاً⁽³²⁾، ولئن كان من الممكن أن

= كلام رسول الله ﷺ، أحدهما: تحييس الأصل، فباللفظ تحييسه يصح لله تعالى باتناً عن مال الحبس. والثاني: التسييل والصدقة، فإن وقع فيها حيف رد ولم يبطل خروج الأصل محسباً لله عز وجل.

(32) لا يصح الوقف للزمت عند الأحناف.. الهداية: 15/3. ويتفق معهم الشافعية في ذلك.. المذهب: 441/1. ولا يشترط فيه الملكية التأييد، فيصح عندهم أن يقف شخص منعة دار استأجرها مدة معلومة، وينقضي الوقف بانقضائها. حاشية الدسوقي: 76/4، ويتفق الحنابلة مع الأحناف والشافعية في اشتراط التأييد. كشف القناع: 250، 243/4. أما ملكية الموقوف فإنها في المعمول به من مذهب الأحناف على حكم ملك الله عز وجل.. الهداية: 13/3، وفي المذهب الشافعي رأيان، أحدهما متفق مع المذكور من مذهب الأحناف.. المذهب: 442/1. بيد أن الملكية يذهبون إلى اختصاص الوقف بملكية ربة العين الموقوفة. وفي حاشية الدسوقي «أن المشهور أن الوقف ليس من باب إسقاط الملك. وقيل إنه من باب إسقاطه، وحيث فلا يمتح الخالف أنه لا يدخل ملك فلان بالدخول في وقفه على الثاني ويمت بالدخول على الأول. وهذا الخلاف قيل في غير المساجد، وأما فيها فهو إسقاط قطعاً كما قال القرافي. وقيل الخلاف جار فيها أيضاً. المرجع المذكور: 95/4. ورأى الحنابلة أن الملك في الوقف ينتقل إلى الله تعالى إن كان الوقف على مسجد ونحوه، وإلى للموقوف عليه إن كان آدمياً معيناً كزيد وعمرو، أو كان جمعاً معصراً. كشف القناع: 254/4.

ينطوي هذا التفريق، الذي يضبط دائرة إعمال كل من هذين المذهبين، على نوع من التعسف فإن ما يكشف زيف ادعاء استناد القانون المصري في الواقع إلى الآراء المذكورة إنما يتمثل في حقيقة أن المذهب الحنبلي قد رفض تماماً صحة الوقت المؤقت وأنه لم يعتبر ملكية المتنفذين للعين الموقوفة، طبقاً لذلك، أكثر من مجرد نوع من الملكية الاسمية⁽³³⁾.

وحينما اعترف بضرورة تطويع الأحكام الماثورة على هذا النحو لكي تثمر الحكم المنشود فإن الزعم بكون هذا التطويع قد تم في إطار «التلفيق» يصبح أمراً لا يزيد عن كونه ستاراً رقيقاً للتظاهر بالبحث بالمتابعة المظهرية للقواعد الشرعية، يخفي وراءه في حقيقة الأمر محاولة إعادة صياغة هذه القواعد كي تلائم احتياجات المجتمع الواقعة. وهذا الموقف الجديد الذي يقفه التشريع الإسلامي في العصر الحديث - والذي يختلف بطبيعة الحال عن وجهة النظر التقليدية القاضية بأن المعايير الوحيدة المشروعة للمجتمع هي تلك التي يحددها الفقه وليس التطور الاجتماعي - قد واکب النزوع إلى الإصلاح منذ بداية أمره، ففي الواقع كان التخير في أساسه نوعاً من الانتقاء للآراء الفقهية التي تبدو ملائمة للظروف الحديثة. ويمرور الوقت أولت المذكرات الإيضاحية المرفقة بتقنيات الأحكام الشرعية عناية أكبر للاعتبارات العلمية والاجتماعية. وكانت مراجعة العدد الكبير من وجهات النظر الفقهية، وهو الأمر الذي يقتضيه التخير، قد أدت إلى نمو الوعي بالطبيعة الانسانية غير المعصومة من الخطأ لأكثر الأحكام الفقهية. وفي ضوء ذلك أصبح الرأي القائل بأن اجتهادات فقهاء العصور الوسطى ملزمة للأجيال الحديثة - عرضة للتساؤل. وحينئذ بدت تلك المبادئ التقليدية وخاصة في عدد من المسائل المحددة، حاجزاً رهيباً يحول دون التقدم الذي تتطلبه الحياة المعاصرة. لقد غدا التقليد خيالاً إلى حد كبير. وكسائر الأخيلة الأخرى التي عرفها التاريخ التشريعي فإن التقليد - إذ حقق الهدف المنوط به كأسلوب انتقالي، وبدأ أنه قد استنفد طاقاته كلها - قد بدأ يدخل في مرحلة جديدة، تحل فيها التشريع الحديث عنه، كي يعترف

(33) التصرفات الجائزة من الموقوف عليه في العين الموقوفة يقتضي ملكيته لها عند الحابلة هي تلك التصرفات التي لا تعارض طبيعة الوقف. وبناء على ذلك يجوز له بملكية منقعة هذه العين وغلتها وثمرتها، لكنه لا يملك أن يتصرف فيها تصرفاً يخرجها عن ملكه كالبيع أو الهبة أو العتق إن كانت أمة أو عبداً، ولا أن يتصرف فيها تصرفاً يؤثر على انتفاع المستحقين لها من بعده، فلو كانت أمة لم يجز له وطؤها، فإن فعل فلا حد عليه ولا مهر، وإن ولدت له صارت أم ولد، تمتن بعد موته، ونجب قيمتها في تركته، لأنه أتلفها على من بعده من البطون، يشترى بها مثلها لينجير على البطن الثاني ما فاتهم، فتكون وفقاً بمجرد الشراء كشف القناع 25/4.

على نحو أكثر وضوحاً وصراحة بأهدافه الحقيقية التي ظل ينشدها منذ بداية اتجاهه إلى التجديد⁽³⁴⁾.

(34) تعرض المؤلف في الفصل السابق لتلك التغيرات التي حدثت في الترتيب القضائي الحديث وأهم الآثار الناجمة عن هذا التغيير، وانطلق من ذلك إلى بيان الجانب الأول من جوانب المنهج التجديدي وهو ما يتمثل في أسلوب منع المحاكم من سماع الدعوى في بعض الأحوال التي اختار فيها المجددون عدم الاصطدام بالأحكام الفقهية. ويخصص المؤلف هذا الفصل (الثالث عشر) لتوضيح جانب آخر من جوانب هذا المنهج، وهو ما يتمثل في التخير من أقوال الفقهاء السابقين.

وقد حاول المؤلف إقامة نوع من الفصل بين المراحل المختلفة لتطور التخير في الأنشطة التشريعية الحديثة فقسمه إلى المراحل التالية: أولاً: التخير داخل المذهب، ويمثله مجلة الأحكام العدلية التي استطاع القائمون على إصدارها الأخذ بأكثر الآراء الموجودة في المذهب الحنفي ملائمة للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في العصر الحديث. فمثلاً كان الرأي المعتمد في المذهب الحنفي بالنسبة لعقد الاستصناع إذا جاء الصانع بالشئ المستصنع على الصفة المطلوبة هو ثبوت الخيار للمستصنع لا الصانع، حيث إن الأول اشترى ما لم يره فله الخيار، خلافاً للثاني الذي باع ما لم يره ولا خيار له. غير أن هناك رواية عن أبي يوسف مفادها عدم ثبوت الخيار للطرفين إذا جاء المصنع على الصفة المطلوبة. . يدان الصنائع: 2689/6. وقد أخذت المجلة بهذه الرواية، ورأت لزوم العقد إذا جاء المصنع على هذا النحو. المجلة، مادة 392.

وثانيها: الانتقال عن الرأي الراجح في المذهب المعتمد إلى الرأي الراجح في أي من المذاهب الأخرى، مما يكون أكثر تحقيقاً للمصالح.

وثالثتها: الانتقال عن الرأي الراجح في المذاهب المتعددة إلى الآراء الشاذة والغريبة، بحثاً عن أي سند فقهي للمصالح المنشودة.

وأخيراً: المزج بين الأقوال المختلفة واستخراج رأي ملفق من هذه الأقوال.

ولعل هذا الفصل من أهم الفصول التي قدمها المؤلف، حيث إنه سعى إلى رسم جانب أساسي من جوانب منهج التقنيات الحديثة التي لم تحظ - فيما أعلم - بمثل هذا الاختبار لأسسها المنهجية. بيد أن في - مع ذلك - بعض الملاحظات التي أوجزها فيما يلي:

(أ) يعمد التخير إلى فترة في تطور المذاهب. وكثيراً ما اختار فقهاء مذهب معين رأياً نشأ لدى فقهاء مذهب آخر. وهذا هو منشأ صعوبة إقامة حد فاصل بين المذاهب المتعددة في أكثر الأحيان. بل إن التلقيق، وهو الأخذ بالرأي الوسط بين رأيين متعارضين، أمر معروف للفقهاء الباكرين. وهكذا فإن التشريع الحديث لم ينخلع في اختياراته - من حيث المبدأ في الأقل - عن مناهج الفقهاء السابقين.

(ب) الضوابط التي وضعها الأصوليون للتخير تتلخص في البعد عن أهواء النفوس وتلمس الدليل والمصلحة، والمصلحة المتبعة هي مصلحة الكافة، وتجنب الشذوذ الذي لا يستند إلى دليل معتبر، كالقول بحل نكاح المتعة والنيذ. وأحسب أن التطبيقات الحديثة للتخير مقيمة بهذه الضوابط. ولا =

= يضيرها رغبة القائمين عليها بتحقيق مصلحة الكافة، بل إن ذلك هو الواجب، شريطة أن تكون
المصلحة حقيقية معتبرة.
(ج) التخير أبقى بالاجتهاد وأولى أن يدخل في أنواعه. نعم لا يعتبر التخير مجتهداً اجتهداً
مطلقاً، بيد أنه ليس مقلداً أيضاً. فالمفروض أن التَّخِيرَ يبذل مجهوداً عقلياً في التعرف على الآراء
المختلفة والموازنة بين أدلتها، والمقارنة بين المصالح القضية إليها كي يستطيع ترجيح واحد منها.
(د) لعل محاولة الفصل التاريخي بين أنواع التخير السابقة غير دقيقة في الأقل، فقد استفاد
القانون المصري الصادر سنة 1920 ونظيره الصادر سنة 1929 في أحكام الأسرة بالذاهب
المختلفة، وفيها اعتماد - أحياناً - على الآراء التي قال بها آحاد العلماء.
وبرغم ذلك فإن المشكلات التي أثارها المؤلف على قدر كبير من الأهمية في تقدير الأسس المنهجية
التي تقوم عليها التقنيات الحديثة.

الاجتهاد الجديد

في تلك الفترة الباكورة التي ترجع إلى عام 1898 م [1316 هـ] دعا الفقيه المصري العظيم محمد عبده إلى إعادة المبادئ المتضمنة في نصوص الوحي الإلهي كأساس للإصلاح التشريعي⁽¹⁾. وأيد هذه الدعوة ذاتها بعض العلماء الذين تبعوها - كإقبال في الهند⁽²⁾ - بأن ممارسة الاجتهاد أو التفكير المستقل ليس حقاً فحسب للأجيال الحالية من

(1) مثل مناهضة الإمام محمد عبده للتقليد ودعوته إلى فتح باب الاجتهاد موضوعاً رئيساً من بين الموضوعات التي شغل بتوضيحها في دروسه للتفسير. ويبدو هذا بوضوح فيما نسب إليه تلميذه رشيد رضا في تفسير المنار. وفي إيجاز فيما ينسب إلى الإمام في هذا التفسير: 29/1 أن «القرآن هو حجة الله البالغة على دينه الحق، فلا بقاء للإسلام إلا بفهم القرآن فهماً صحيحاً». وفي موضع آخر: 399/2 - يحض العلماء على وجوب التعلق بإحياء كتاب الله، قائلاً: «فوالله إنه لا حياة لهذه الأمة بسواه، ولذلك عادت بتركه إلى عادات الجاهلية...» ويرفض في مقدمة التفسير المذكور: 19/1 - زعم بعض أهل عصره أن بالإمكان الاستغناء عن النظر والتفسير الجديدين للقرآن بتفسير الأئمة السابقين ونظرهم، معقياً بأنه ولو صح هذا الزعم لكان طلب التفسير عبثاً يضيع به الوقت سدى... أما التقليد فهو في رأيه خلاف ما ألزم به الله من وجوب الرجوع إلى كتابه وسنة نبيه، وهو المسؤول عما حدث بين المسلمين من خلاف فرقههم شيعاً متناحرة. المنار: 9/3. وبمناسبة تفسيره لقوله تعالى: ﴿إِذ تَبَرَأَ الَّذِينَ اتَّبَعُوا مِنَ الَّذِينَ اتَّبَعُوا﴾ (البقرة: 166) يندد بالتقليد، وأنه لا عذر لأحد فيه، وأن حكم الآية ويستغرق جميع التقليدين، فهم اتخذوا مقلديهم أنساباً، وسيبرأ التابع من المتبوع» المنار: 79/2.

(2) أفانز إقبال في الانتصار لهذه الدعوة في كتابه: The Reconstruction of Religious Thought in Islam

المسلمين، بل هو واجب عليهم أيضاً، إذا أرادوا لدينهم التلازم مع العالم الحديث. وكان من الطبيعي أن يثير مثل هذا الرأي الذي يبدو في تعارض تام مع طبيعة الركود الفقهي السائد طيلة عشرة قرون جدلاً عتيقاً. قرأه المعارضون ابتداءً في الدين لخروجه على أصل «إغلاق باب الاجتهاد» الذي استقر عليه الإجماع المنزه عن الخطأ.

= Islam، وذلك في الفصل السادس الذي خصصه لبيان أهمية الاجتهاد من حيث كونه محور الحركة والتجديد في الفكر الإسلامي. والذي يتحدث عنه إقبال هنا هو الاجتهاد بمعناه المطلق. وفي رأيه أن الفقهاء قيدوا ممارسة هذا النوع من الاجتهاد بوضع شروط لمن يمارسه، لا يمكن تحقيقها في شخص واحد. وهذا الكسل العقلي الذي حدا بهم إلى اتخاذ هذا الموقف قد حدث - في تحليل إقبال - نتيجة عوامل متعددة، من أهمها تدمير بغداد على أيدي التتار، وضعف الحركة العقلية، وانتشار الحركات الصوفية. ويلاحظ إقبال أنه بالرغم من قوة هذه العوامل فإن الفكر الإسلامي قد عبر عن قوة التجديد الكامنة فيه بظهور شخصية ابن تيمية الذي ادعى لنفسه منصب الاجتهاد بمعناه السابق، وتأثيره بعد ذلك في نشوء حركة ابن عبد الوهاب الذي ذم التقليد وشجع الاجتهاد.

ويستطرد إقبال إلى ملاحظة أن الاجتهاد قد فرض نفسه في العصر الحديث، نتيجة لتلك الأوضاع السياسية والاجتماعية الجديدة التي شهدتها العالم الإسلامي في هذا العصر. ففي تركيا قام الحزب الوطني بإبلاغه الخلافة متأثراً بفكرة فصل الدين عن الدولة، هذه الفكرة التي نشأت في أوروبا. وقد برزت هذا الإجراء بعض الآراء بالإشارة إلى ظروف احتلال القوى الغربية لبلاد العالم الإسلامي آنذاك. فرأى ضياء وهو شاعر تركي تأثر بأوجست كزنت - كما يذكر إقبال - أن الواجب هو تحقيق استقلال الدول الإسلامية أولاً، كي يمكن توجيهها في إطار سياسي شامل بعد ذلك، وإذا لم يكن هذا ممكناً اليوم فلتنتظره، ففي عالم اليوم لا يعطف على الضعيف أحد، والقوة هي وحدها الجديرة بالاحترام.

والسؤال الذي يسأله إقبال بعد ذلك هو وهل يمكن تفسير الأسس الشرعية تفسيراً جديداً؟ وبعبارة أخرى هل الفقه قابل للتطور؟

يعتقد إقبال في معرض إجابته عن هذين التساؤلين أن روح الإسلام كانت من السعة إلى الحد الذي كفل لها استيعاب ثقافات الشعوب المجاورة وتوجيه هذه الثقافات في ضوء المبادئ الإسلامية الخالصة. ثم ينقل عن بعض المستشرقين أن هذه القدرة الاستيعابية والتوجيهية أوضح في مجال الفقه منها في غيره، مؤكداً ذلك بالإشارة إلى أن القرون الثلاثة الأولى قد شهدت ظهور تسعة عشر مذهباً قامت باستقراء العوائد والأعراف الخاصة بالمناطق التي تبلورت فيها، والحكم عليها إسلامياً.

ويتخلص من ذلك إلى نتيجة من شقين. أولها أنه لا يوجد أي سبب يوجب اتخاذ موقف التقليد والكسل العقلي. والثاني أن رغبة المجددين المسلمين من الأجيال الحديثة في إعادة تفسير الأسس الفقهية وفق تجربتهم الخاصة وظروف حياتهم للتغذية أمر مشروع تماماً.

• رد المؤيدون بأنكارهم وجود إجماع على هذا الحكم أو اعتباره ذا طبيعة ملزمة من جهة أخرى. وهناك الكثير الذي يشهد لوجهة النظر الأخيرة. إذ برغم الحقيقة المتمثلة في أن توقف الاجتهاد مما يمكن تبريره في ضوء كونه نتيجة حتمية للتطور التاريخي للتشريع الإسلامي فإنه لم ينعقد أبداً إجماع مطلق على مثل هذا الأصل. والواقع أن المناهضة قد أصروا من حيث المبدأ على استحالة وقوع أي إجماع حقيقي بعد عصر صحابة النبي ﷺ نظراً لصعوبة التعرف على رأي كل مجتهد بذاته في حقيقة الأمر. وفي القرن الرابع عشر [الثامن الهجري] رأى الفقيه الحنبلي ابن تيمية لنفسه الحق في ممارسة الاجتهاد من الناحية النظرية. وفضلاً عن ذلك فإن الذي قرر حجية الإجماع وحدد حالات وقوعه هو النظر الشرعي التقليدي، لا أوامر الوحي الإلهي الصريحة المعصومة من الخطأ، حتى ليدو بوضوح تام أن هذا الأصل الإنساني النشأة قد انتحل لنفسه هذه الحاكمية التشريعية التي ترجع إلى الله وحده.

غير أن هذا النزاع النظري فيما يتعلق بالحق في ممارسة الاجتهاد أو وجوب التقليد إنما هو ثانوي وتابع لتلك القضية الأساسية التي يتركز حولها الصراع المباشر في الواقع بين وجهتي نظر المحافظين والمجددين. فهؤلاء الذين رأوا في الأحكام الفقهية الثابتة أفضل نظام للأشياء تمسكوا بجهد التقليد. أما هؤلاء الذين تطلّعوا إلى التجديد فقد استدلوا لصحة الاجتهاد وجوازه بأنه الأسلوب الملائم الوحيد للتغيير في الأحكام الفقهية التي تستند إلى تلك الحجية المجمع عليها لمؤلفات العصور الوسطى الفقهية. وفي اختصار فقد كانت القضية الأساسية هي وجوب العمل على تحقيق الإصلاح القانوني لا مجرد التساؤل عن إمكانية تحقيقه. بيد أن إقحام بعض المبادئ الأصولية وقوة الاتجاه التقليدي قد حالا حتى العقد الأخير⁽³⁾ دون وصول التشريع الحديث إلى التطبيق العملي للمبدأ القائل بجواز إغفال تفسيرات الفقهاء القدامى تماماً والأخذ بتفسيرات جديدة لنصوص القرآن وسنة النبي ﷺ الصحيحة في ضوء الظروف الحديثة.

وفي الفترة التي سبقت الاعتراف الواضح الصريح بالاجتهاد أساساً فقهاء لإصلاح نشأ عدد من الآراء الجديدة التي تضمنت الجمع بين الأحكام التقليدية والاتجاهات الجديدة تماماً، فنشأت بذلك مرحلة تتوسط ما بين التقليد والاجتهاد في معناه الحقيقي. وإذا أخذنا بأسلوب التحليل القانوني المؤلف في مثل هذه الظروف فإن

(3) يشير المؤلف بذلك إلى بعض التجديدات المعتمدة على المصلحة وحدها والتي سيذكر بعض أمثلتها بعد قليل.

من الممكن أن نصنف هذا النمط من الإصلاح ضمن «الاجتهاد الشكلي غير الحقيقي» وأن نعتبر حكم الوصية الواجبة الذي استحدثه قانون الوصية المصري الصادر سنة 1946 م [1366 هـ] مثلاً لهذا النوع من الاجتهاد.

لقد لقي مبدأ «التنزيل» في الميراث اعترافاً ضئيلاً في الفقه الإسلامي التقليدي؛ إذ أجاز الشافعية والحنابلة تطبيقه في المجال الخاص بميراث بعض ذوي الأرحام الذين يحملون - طبقاً لهذا المبدأ المصطلح عليه عندهم بالتنزيل - محل الوارث الأصلي (صاحب الفرض أو العاصب) المتوفى من قبل، والذي يدلون به إلى الميت، ليتحدد استحقاقهم تبعاً لذلك، فيرث ولد البنت على سبيل المثال ميراثها، ويأخذ أبو الأم نصيب الأم⁽⁴⁾.

أما الفقه الحنفي فيحدد فيه استحقاق هذه الطبقة من الوارثين حسب مبدأ الأولوية الذي يكاد يتفق في طبيعته مع نظيره المطبق في توريث العصباء. ولذا فالأصول يعقون في مرتبة أدنى من مرتبة الفروع الذين يجبرونهم⁽⁵⁾. بيد أنه إذا تراحم

(4) لا ميراث لذوي الأرحام عند المالكية، فإذا بقي شيء بعد إعطاء أصحاب الفروض أو لم يكن أحد منهم موجوداً ولم يوجد عصبه نسبية ولا سببية كان الميراث لبيت المال مطلقاً، حاشية الدسوقي: 468/4. وهو عند الشافعية لبيت المال إن كان منتظلاً. فإن لم يكن منتظلاً وبقي شيء من التركة ففي المذهب وجهان وأحدهما أنه يرد على أهل الفروض على قدر فروضهم إلا على الزوجين. فإن لم يكن أهل فرض قسم الباقي على ذوي الأرحام على مذهب أهل التنزيل، فيقال كل واحد منهم مقام من يدلي به. فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم، وبنات الأخوة والأعمام بمنزلة آبائهم، وأبو الأم والخال بمنزلة الأم، والعمة والعم من الأم بمنزلة الأب، لأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين، فإذا عدت إحدهما تعينت الأخرى، والقول الآخر شبيه برأي المالكية وهو الأرجح في المذهب. انظر المذهب: 31/2، ولا يتردد الحنابلة هذا الشرط، فيقصون بتوريث ذوي الأرحام عند عدم العصبه وذوي الفروض غير الزوجين. وكيفية توريثهم في هذا المذهب أنهم «يرثون بالتنزيل، وهو أن تجعل كل شخص منهم بمنزلة من أدلى به، فولد البنات وإن نزل كالبنت، وولد بنات الابن كبنات الابن، وولد الأخوات كأمهاتهم، شقيقات كن أو لأب أو لأم... ثم تجعل نصيب كل وارث بفرض أو تعصيب لمن أدلى به...» كشف القناع: 456/4، فتورث الأرحام بالتنزيل مذهب الحنابلة وقول في المذهب الشافعي.

(5) يلحق الأحناف استحقاق الميراث لذوي الأرحام بالاستحقاق بالتعصيب، ولذا يقدم الأقرب فالأقرب، ويستحق الأقرب منهم جميع المال، انظر الميسوط: 4/30 وما بعدها. ويطلق على الأحناف بلحظ هذا المعنى: (أهل القرابة). ويتوجهون ضد أهل (التنزيل) الذين سبق ذكر رأيهم بأن ما يقولون به يؤدي أحياناً إلى خطر كبير، وهو حرمان المدلي بكون المدلي به رقيقاً أو كافراً، فإن الإنسان لا يجوز أن يكون محروماً عن الميراث بمعنى غيره. ولو كان رق المدلي به بموجب حرمانه لكان موت المدلي به موجباً حرمانه أيضاً. وإذا ثبت أن في المحجب والحرمان لا يعتبر المدلي =

عدد من الورثة المستحقين جميعاً بفضل تساويهم في الجهة والدرجة فإن الفقهاء الحنفيين أباً يوسف والشييباني يختلفان في الأسس التي تحكم مقدار ما يناله كل منهم من التركة فعلاً. فرأى أبو يوسف وجوب توزيع التركة على الورثة بالنظر إلى أشخاص الفروع المستحقين أنفسهم، على حين ذهب الشيبياني إلى وجوب توزيعها بالنظر إلى الأصول الذين يدلي بهم هؤلاء المستحقون إلى الميت. ويتجلى الخلاف بينهما بأوضح صورته في حالة تزاحم أحفاد الميت المختلفة أصولهم التي يدلون بها إليه على نحو يوجب تطبيق المبدأ الأساسي القاضي بإعطاء الذكر ضعف نصيب الأنثى المساوية له في الجهة والدرجة. فمثلاً إذا انحصر التزاحم بين «زيد»، ابن بنت بنت الميت، و«فاطمة» بنت بنت ابن الميت كان لزيد عند أبي يوسف ثلثا التركة ولفاطمة الثلث الباقي. أما الشيبياني فإنه يطبق قاعدة إعطاء الذكر ضعف نصيب الأنثى بالنسبة للطبقة الأولى التالية للميت [الأصول] مستخرجاً النصيب المفترض لبنت الميت وابنه أولاً، كي ينتقل ما يخص كلا منهما بعد ذلك إلى فرع الوارث له. ويفضي ذلك إلى نتيجة مقابلة تماماً لما انتهى إليه أبو يوسف⁽⁶⁾.

وهذا الشكل الجزئي «للتنزيل» الذي لا يحدد مجرد الاستحقاق في التركة من عدله فحسب بل ومقدار النصيب الذي يأخذه الوارث هو مبدأ معمول به في نظام الميراث الشيعي كله⁽⁷⁾. بيد أن هذا المبدأ - فيما سوى تطبيقاته الضيقة السابقة - لا عمل له لدى أهل السنة، خاصة فيما يتعلق بالجهات الأساسية للورثة، حيث يعمل المبدأ المألوف لكل المذاهب والقاضي بأن الوارث الأقرب في الدرجة يحجب الأبعد دائماً. وعلى الخصوص فإن الأحفاد الذين توفي أبائهم وأمهاتهم محجوبون تماماً من أي حق لهم في الميراث بوجود ابن الميت.

وقد كانت هذه النتيجة الأخيرة الممثلة في عدم تنزيل الأحفاد هنا منزلة المتوفى من طبقة الفروع الأولى هي التي اعتبرت بعينها خلافاً خطيراً في أحكام الميراث التقليدية، الأمر الذي بادر المجددون المصريون لعلاجها عن طريق نظام «الوصية الواجبة». وفي ظل قانون 1946 م [1366 هـ] فإن الأحفاد الذين توفي أبائهم

= به فذلك في الزيادة والنقصان لا يعتبر المدي به، وإنما يكون استحقاقه باعتبار وصف فيه وهو القرابة، ولكن يقدر الأقرب لاعتبار معنى العصوية. المبسوط: 5/30.

(6) انظر ذلك في المبسوط: 8/30.

(7) الأصل عند الشيعة هو قيام الأول في الدرجة من الورثة مقام قريبه الذي يدلي به. انظر الكافي للكليني الرازي: 117، 105، 88، 77/7، وطبعة طهران سنة 1391 هـ.

وأماهم - مع وجود ولد للميت - يستحقون نصيب هؤلاء الآباء أو الأمهات كما لو كانوا على قيد الحياة، مع وجوب قصر هذا النصيب أحياناً على مقدار ثلث التركة، كحد أقصى، وهو الحد المعترف به في الوصايا الاختيارية. ويشترط ألا يكون هؤلاء الأحفاد قد أخذوا مثل هذا النصيب من التوفيق بطريق الهبة أو الوصية أو غيرها⁽⁸⁾. وقد أخذ بهذا الأسلوب نفسه في سوريا 1953 [1373] وتونس سنة 1957 م [1377 هـ] والمغرب سنة 1958 م [1378 هـ] وإن ذهب القانونان السوري والمغربي إلى قصر الحكم بالوصية الواجبة على أولاد الابن وحده دون أولاد البنات.

ويندرج هذا الإصلاح ضمن مسائل الميراث أساساً، كما يتضح تماماً من طبيعته العامة ومن الحكم الخاص بتطبيق استحقاق الذكر ضعف نصيب الأنثى عندما يجتمع الذكور والإناث المستحقون لهذا النوع من الوصية؛ فالقاعدة المألوفة في الوصية لطبقة معينة أن يشترك الموصى لهم في الاستحقاق، عند الإطلاق، بالتساوي دون نظر إلى الجنس. بيد أن المجددين قد لجأوا إلى أسلوب الوصية بحكم أنها هي التي تقدم الأساس الأصوب من الناحية الفقهية لإعطاء الأحفاد نصيباً من التركة. ذلك أن بعض الفقهاء قد خالفوا رأي الجمهور في اعتبار الأمر القرآني بالإيصاء للأقربين منسوخاً تماماً بأحكام الموارث اللاحقة له. بل رأى الشافعي نفسه أن الإيصاء للأقربين غير الوارثين ما يزال مندوباً إليه⁽⁹⁾، على حين اعتبر الفقيه الظاهري ابن حزم مثل هذه الوصية واجبة في حقيقتها⁽¹⁰⁾. ثم إن بعض الفقهاء قد انتصروا للقول بأن من حق المحكمة

(8) انظر ذلك بالتفصيل في كتاب الأستاذ المرحوم محمد أبي زهرة أحكام التركات والموارث. ص 279 وما بعدها. وقد كان الباعث على هذا القانون - كما ذكر الأستاذ الفاضل - أنه «في أحوال غير قليلة يموت الشخص في حياة أبيه أو أمه، ويجرم هو وورثته من ميراثه الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه، وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع، مع أن أعمامهم يكونون في سعة ورغد من العيش، يجتمع لأولئك ينتمى مع اليتيم وفقد العائل الحرمان. ويضطرب ميزان التوزيع في الأسرة، ويصير بعضهم في مرتبة بسبب موت أبيهم المبكر... فجاء قانون الوصية وقرر ذلك اليلاء، واعتبره وصية واجبة وتعلق واضعوه ببعض نصوص القرآن الكريم وآراء بعض فقهاء التابعين ورأى لابن حزم ونص على ذلك في المواد 76، 77، 78؛ من ذلك القانون.

(9) عبارة الشافعي في الرسالة ص 145 بتحقيق شاكر: «ومن أوصى له الميت من قرابة وغيرهم جازت الوصية إذا لم يكن وارثاً، وأحب إليّ لو أوصى لقرابته».

(10) جاء في المحل: 314/6 - «وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طاب له نفسه لاحد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي، فإن كان والداه أو أحدهما على =

أن تفرض للأقارب المحتاجين حقاً في التركة إذا غفل الميت عن القيام بواجبه تجاههم. ومن ثم فقد ضم المجددون إلى هذه الحجج التقليدية تفسيرهم الخاص لروح الأحكام القرآنية في محاولتهم تحديد هؤلاء الأقربين الذين ينالون نصيباً من تركة الميت في الإطار السابق. ونظراً لتحقيق الهدف من تقديم حكم مناسب للظروف الحديثة دون خروج واضح على الموروث الفقهي، ولأن حقوق الموصي لهم بوصية واجبة ممن لا يسعهم أبداً الوصول إلى رتبة الورثة الأصليين تعد متممة لأحكام الميراث، لا معارضة لها، فإن التطور يقدم مثلاً من أكثر أمثلة التجديد الفقهي جاذبية وتأثيراً.

بيد أن الأهداف المنشودة من هذه المحاولة قد تحققت في الواقع دون وجود أي تأييد لها فيما تضمنته الحجج الفقهية التقليدية. ومن ثم فإن الحجة الحقيقية هؤلاء المجددين في تأييد ما قالوا به هي التفسير الجديد. وإن كان مشروعاً وصحيحاً برغم جدته تلك - للمصادر الأصلية لأحكام الشرع: ويصح قياس هذا النجاح الذي تحقق لهم هنا بالتقنيات الحديثة المتعلقة بهذين الركنين المتلازمين اللذين تقوم عليهما سيطرة الرجل الاجتماعية، واللذين تنبني عليهما أحكام الأسرة الإسلامية على نحو ثابت منذ أيام النبي ﷺ وهما: حق الزوج في التعدد وجعل الطلاق بإرادته وحده.

ولعل هناك انهماكاً طبعياً في الآونة الأخيرة للمبالغة في تصوير ما تعانيه الزوجات المسلمات من تلك القيود الثقيلة التي فرضتها الأحكام الفقهية التقليدية. وبرغم أن حياة الكثيرات منهن قد تكون تعيسة في الواقع فإن هذه التعاسة لم تكن في الأغلب نتيجة مباشرة للقيود التي فرضتها الأحكام الفقهية ذاتها بقدر ما كانت ترجع إلى مسؤولية المجتمع. إذ أدى عزل المرأة عرفاً مع نقص وسائل التعليم المتاحة لها بصفة خاصة إلى جعلها بحقوقها القانونية وعدم قدرتها تبعاً لذلك على التمسك بها، أو الاستفادة الصحيحة مما قدمه الفقه في حماية هذه الحقوق. ففياً يتصل بمعارضة حق الزوج في التعدد اعتبر المذهب الحنبلي - كما رأينا فيما سلف - اشتراط المرأة على الزوج ألا يتزوج عليها اشتراطاً نافذاً، كما كان مفهوم «الضرر» المالكى متوسعاً فيه إلى الحد الذي يتيح للمرأة الحصول على حكم قضائي بالتفريق إذا أصرت على ذلك في حال زواج زوجها عليها⁽¹¹⁾. وأكثر من ذلك أن جميع المذاهب توافق على صحة نوعين اثنين

= الكفر - أو علوكاً - ففرض عليه أيضاً أن يوصي لها أو لأحدهما إن لم يكن الآخر كذلك. فإن لم يفعل أعطى أو أعطى من المال ولا بد، ثم يوصي فيها شاء بعد ذلك... برهان ذلك قول الله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن تترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾.

(11) لم يعتبر المالكية مجرد التعدد إضراراً بالزوجة الأولى، بحيث يميز لها طلب الطلاق، ففي تقاريرات =

من الطلاق، أولها «الطلاق المعلق»، وثانيها «الطلاق المفوض» فيمكن إقناع الزوج بتعليق وقوع الطلاق على حدوث أمر تحرص الزوجة على تجنبه، أو بتفويض سلطته في إنهاء الزواج تفويضاً مطلقاً أو مقيداً إلى أحد أقاربها المقربين (أو إليها طبقاً لرأي بعض الفقهاء) لإيقاع الطلاق عند نشوء بعض الأوضاع التي لا تطيب الزوجة بها نفساً. وقد حدد الفقه أسلوباً آخر لحماية وضع المرأة يتمثل في «مؤخر الصداق» حيث يصح اتفاق الأطراف على تأجيل قدر من المهر إلى حين انتهاء الزواج، فإذا كان هذا القدر كبيراً إلى حد كاف فمن الجلي أنه قد يؤدي إلى كبح جماح الزوج عن الممارسة المتسارعة لحقه في الطلاق.

يبد أن الحقيقة التي تبقى أمامنا، رغم الاهتمام الواضح لأحكام الفقه بوضع المرأة، هي أنه لا يمكن إنقاص سلطات الزوج الراسخة دون موافقة عن طيب نفس منه. . . وكان مجدو الشرق الأوسط قد نجحوا عن طريق أسلوب الترتيبات الإدارية وقاعدة التخير في الابتعاد عن تطبيق أكثر أحكام المذهب الحنفي تشدداً وإن بقيت الحقوق الأساسية للزوج في التعدد والطلاق مصونة لم تمس. . . ومعها كانت القيود الواقعة على الأزواج في ممارسة هذه الحقوق بتأثير العوامل الاجتماعية والاقتصادية فإن مجرد وجودها في القانون قد شكل بذاته عقبة كأداء تعوق تحرر المرأة الحقيقي⁽¹²⁾.

= الشيخ عليش المطبوعة على هامش حاشية الدسوقي: 345/2 - أن الضرر الذي يعطي الزوجة الحق في التطلق على زوجها وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وبسبب أيها كما يقع كثيراً من رعايا الناس، ويؤيد على ذلك زيادة على التطلق كما هو ظاهر. . . لا يمنعها من حمام وفرجة، وتأييدها على ترك صلاة، أو تسر، أو تزوج عليها، فمن تعريف الضرر بهذا والنص على أن التزوج عليها ليس منه يتضح أن التعدد بذاته لا يعطي الزوجة الحق في التطلق على الزوج. وقد فهم مفتي مصر - خطاً - في معرض دفاعه عن قانون رقم 44 لسنة 1979 أن للملكية يعتبرون التعدد بذاته إضراراً يتيح للأول حق طلب الطلاق. ومن الجدير بالذكر أن الدكتور محمد بلانجي قد تكفل بتصحيح ذلك في كتابه: دراسات في الأحوال الشخصية ص 121 وما بعدها، فارجع إليه إن أردت.

(12) لا حق في شيء من ذلك على الإطلاق، فجعل الطلاق بيد الرجل موزون بكثير من التبعات الملقاة على عاتق الرجل وإعطاء المرأة الحق في طلب الطلاق إن منعتها الزوج شيئاً من حقوقها الأساسية أو أساء إليها وأضر بها. أما حقه في التعدد فهو موزون كذلك بواجباته المالية في الإنفاق على الزوجات والأولاد، وواجباته الأدبية في العدل بينهن. ومن جهة أخرى فإن للزوجة طلب التطلق عليه إذا قصر في الوفاء بهذه الواجبات أو أخل بها على نحو يؤدي إلى الضرر. لقد اصطنع تضخم قضية معاناة المرأة في المجتمعات الإسلامية - كما قرر المؤلف قبل قليل - لأسباب عديدة، من أهمها - فيما اعتقد - الرغبة في الهجوم على الفكر الإسلامي، وإلهاء المسلمين عن =

وقد حدثت أولى محاولات علاج هذا الوضع عن طريق «الاجتهاد» فيما تضمنه قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953 م [1373 هـ] فقياً استندت به «المذكرة التوضيحية» لهذا القانون أن القرآن قد أمر الأزواج ألا يعددوا زوجاتهم ما لم يكونوا قادرين من الناحية المالية على الوفاء باحتياجاتهن المختلفة على نحو مناسب. وقد أعطى كثير من الفقهاء - من بينهم الشافعي - هذا التفسير نفسه لأية التعدد، وإن حمل الأمر هنا دائماً على جعل النصح الخلقي الملزم لضمير الزوج، بالرغم من وضوح حق المرأة المجتمعة مع غيرها في عصمة رجل واحد أن تحصل في المذهب المالكي في الأقل على حكم قضائي ينهي زواجها به إذا لم تتلق منه نفقتها الواجبة. بيد أن المجددين السوريين قد ذهبوا إلى وجوب اعتبار الأمر القرآني قيداً قانونياً حقيقياً لا بد من وجوده قبل السماح بالتعدد، وتلزم به المحكمة على هذا النحو عملاً بقاعدة ووجوب إغلاق الباب المؤدي إلى الضرر. وقد انضم هذا التفسير الجديد إلى الترتيب الإداري المألوف الذي ألزم بالتوثيق الواجب للزواج الثاني بعد إذن المحكمة به إذا هي وافقت عليه. وطبقاً لذلك فإن المادة السابعة عشرة من هذا القانون قد قررت أن للفاضي الامتناع عن الإذن للمتزوج باتخاذ زوجة ثانية إذا ثبت أن وضع الزوج لا يمكنه من الإنفاق على الزوجتين معاً. بيد أن الزواج الثاني المتعدد على خلاف هذا الحكم لن يكون باطلاً، بل يتعرض أطرافه إلى بعض العقوبات القانونية، ولا تعترف به المحكمة عند الاحتكام إليها ما لم تأت الزوجة بولد من هذا الزواج أو يظهر حملها.

وبالنسبة للطلاق، الذي اعتقد البعض - بحق - أن الضرر الذي يلحقه بوضع المرأة أعظم بكثير مما ينالها من التعدد، فقد أدخل القانون السوري فكرة جديدة تتسم بالجرأة عندما أخذ بأن للزوجة التي طلقها زوجها دون سبب عادل حق التعويض بما لا يتجاوز نفقتها لمدة سنة. ويمثل هذا التجديد نوعاً من التطبيق لروح تلك الآيات القرآنية التي تأمر الأزواج بأن يمتعوا مطلقاتهم وأن يمكوهن بالمعروف أو يسرحوهن بإحسان⁽¹³⁾. بيد أن هذه الآيات قد حملت إلى حد كبير كذلك في النظر الفقهي

= قضاياهم الأساسية. ففي مصر صدر القانون المشار إليه في التعليق السابق بأحكام جديدة في التعدد والطلاق رافعاً شعار تحرير المرأة، وذلك في ظل ظروف سياسية خطيرة. إن المشكلة الآن هي تحرير المرأة والرجل معاً من هؤلاء الأعداء الذين يسعون إلى التفتك بنا.

(13) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَحْضُرُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لهن فَرِيضَةً وَتَتَوَهَّنَ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾، البقرة: 236، وإلى قوله تعالى في السورة نفسها، آية: 241 ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.

التقليدي على عمل النصيح الخلقي أكثر من الأمر القانوني الملزم للزوج، كما كان لها تأثير عملي محدود لدى هؤلاء الفقهاء الذين اعتبروا تقديم هدية صغيرة على سبيل المتعة للمطلقة أمراً واجباً على الزوج، غير أن فقهاء الأحناف قد رأوا أن المتعة إنما يجب دفعها إذا تم الطلاق قبل الدخول ولم يكن المهر مسمى بينها. ومهما يكن من أمر فإن القانون السوري يمثل قطعاً المحاولة الأولى التي أخضعت دافع الزوج في الطلاق لتحقيق المحكمة مما قد يسفر عن عقوبته إذا تعسف في استعمال حقه.

وقد يرد الإحساس بأن الحكم بنفقة عام واحد في المتعة مجرد ثمن ضئيل في مقابل الطلاق المتعسف الذي لا يمكن تبريره إطلاقاً. وكذلك تبدو نصوص القانون حقيقة نوعاً من التراجع الحاد عما جاء في مقدمته صراحة من الحاجة إلى تبني موقف جديد تجاه أحكام الطلاق وإلى علاج ما تعانيه الحياة الزوجية من نقص رهيب في الإحساس بالأمان. ويشبه ذلك أن بالوسع إثبات أن أحكام القانون في التعدد قد جعلت ممارسته امتيازاً للأغنياء وحدهم. بيد أن من الطبيعي أن تتسم خطوات المصلحين الأولى في هذا الاتجاه الجديد بشيء من التردد وعدم الثبات. ومهما يكن الأمر فإن الغزى الحقيقي لأحكام القانون السوري لا يتمثل إلى حد كبير فيما تضمنته نصورها بالفعل بقدر ما يتمثل في تلك الأسس الفقهية التي قامت عليها هذه الأحكام. لقد أدى الفهم المستقل لأوامر القرآن إلى الابتعاد لأول مرة عن تلك التفسيرات التي التزم بها النظر الفقهي ثلاثة عشر قرناً.

وهكذا تمكن قانون الأحوال الشخصية السوري من تحريك باب الاجتهاد الذي كان قد أحكم إغلاقه، ثم جاء قانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر سنة 1957 م [1377 هـ] كي يفتح الباب على مصراعيه. وقد أوضح المجددون التونسيون متابعة منهم للأراء التي أثارها محمد عبده⁽¹⁴⁾ قبل صدور هذا القانون بأكثر من خمسين سنة أن القرآن إنما أمر الزوج المعدد لزوجاته بوجوب العدل الكامل في معاملتهن فضلاً عن قدرته المالية على الإنفاق عليهن جميعاً. وكذلك لا ينبغي النظر إلى الأمر القرآني هنا باعتباره مجرد نصح أخلاقي، بل ينبغي النظر إليه باعتباره شرطاً قانونياً سابقاً على التعدد، بمعنى عدم السماح بالزواج الثاني إلا إذا قام دليل كاف يثبت أن هذا الزوج التعدد، سيعدل بالفعل في معاملة أزواجه. غير أن هذه المعاملة العادلة فيما أعلنه هؤلاء المجددون لتبدو أمراً مستحيلاً من الناحية العملية في ظل الظروف الاقتصادية والاجتماعية الحديثة. وفي إيجاز: يتمثل المنطلق الأساسي للقانون في أن الشرط

(14) للاطلاع على رأي محمد عبده في التعدد، انظر: تفسير المنار 364/4 ط 1366 هـ.

الضروري للتعدد غير مقدور على تحقيقه. ومن ثم حرم هذا القانون⁽¹⁵⁾ التعدد مطلقاً.

ولعل «اجتهاد» القانون التونسي كان أكثر عمقاً من نظيره السوري السابق فيما يتصل بموضوع الطلاق أيضاً، حيث اعتمد التجديد هنا كذلك على الآراء التي قال بها محمد عبده⁽¹⁶⁾ فقد أمر القرآن عند حدوث الشقاق بين الزوجين بتعيين حكّامين، وإن اقتصر التطبيق العملي لهذا الحكم في الماضي على ما اقترحه المالكية من إجراءات ترسم كيفية التحقيق عند اتهام الزوجة زوجها بسوء العشرة. بيد أن هؤلاء المجددين يحتاجون بقولهم: ما الذي يدل على حدوث الشقاق بين الزوجين أكثر من إيقاع الزوج الطلاق؟ ومن أكفاً بالقيام بالتحكيم بينها في هذه الحالة من المحاكم الرسمية؟ واستناداً لذلك ألغى القانون التونسي حق الزوج في تطليق زوجته إلا في مجلس القضاء، حيث نصت مادته الثلاثون على أنه لا أثر من الناحية القانونية للطلاق الواقع بعيداً عن المحكمة. ورغم أن مثل هذه المحكمة لا تستطيع رفض إنهاء الزواج إذا أصر الزوج على التطليق فقد تميز هذا القانون بملمحين أساسيين يلفتان النظر بصفة خاصة. أولهما: أن المحكمة سلطة واسعة في منح الزوجة من التعويض ما يقابل الضرر الذي عانته من الطلاق. وثانيهما أن الزوجين يعاملان في هذا الصدد على قدم المساواة تماماً، فإن للزوجة الحق أيضاً في أن تصر على التفريق دون إبداء أسباب محدودة، وللمحكمة في هذه الحالة القضاء بتعويض الزوج في الظروف التي تستدعي ذلك.

ومن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن القانون الجزائري الصادر سنة 1959 م [1379 هـ] الذي تابع نظيره التونسي في جعل الطلاق بيد القاضي دائماً قد اتجه اتجاهاً واضحاً إلى وجوب القضاء بالتفريق للخروج بمجرد طلبه ذلك، رغم أنه لا يقضي به للزوجة إلا إذا أثبتت قيام أسباب وجيهة تبني عليها هذا الطلب^(ق).

(15) لا يصح اعتبار هذا النوع من النظر دافعاً في الاجتهاد بمعناه الفقهي، فالشرط للمجمع عليه في الاجتهاد ألا يكون في مورد النصوص الشرعية وألا يأتي بحكم يناقض ما قرره هذه النصوص. وقد حرم القانون التونسي التعدد، خلافاً للحكم الذي نص عليه القرآن، وهو إباحته بقوله تعالى: ﴿فَاَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنً وَثُلَاثَ وَرِبَاعًا﴾. النساء: 3. ونظراً لذلك فإن ما انتهى إليه القانون التونسي في هذه المسألة ليس إلا من باب الخروج الواضح على الأحكام الشرعية.

(16) الفرق شاسع بين آراء محمد عبده في الطلاق - برغم أنها لا تتميز بشيء خاص - وبين ما انتهى إليه القانون التونسي، بل إن هذا القانون قد اعتمد على المفاهيم الغربية، لا على آراء الفقهاء المسلمين.

ومن ثم فإن تفسير القرآن «على نحو جديد»⁽¹⁷⁾ قد حقق في تونس هذه التجديدات التي تكاد لا تقل ثورية عن نظائرها التي صدرت في تركيا منذ ثلاثين سنة حين أخذت بالقانون المدني السويسري⁽¹⁸⁾. ورغم ذلك فإن ممارسة الاجتهاد في العالم العربي ما تزال أمراً استثنائياً أكثر من أن تكون هي القاعدة. وإنما يلجأ إليه حيناً لا يمكن تحقيق التجديدات المنشودة مع الحفاظ الشكلي على الالتزام بالتقليد. ويدعو من النظر إلى أحدث التقنيات الشرعية أن المجتمع الإسلامي في الشرق الأدنى والأوسط بوجه عام لم يتقبل بعد المنهج التونسي المتطرف فيما يتعلق بهاتين المسألتين الأساسيتين - التعدد والطلاق - في الأقل. فقد أخذ القانون المغربي الصادر سنة 1958 م [1378 هـ] بتحريم التعدد إن خيف الوقوع في الجور. غير أنه لما كان لا حقاً للمحكمة في التدخل إلا بعد حدوث الجور الناشئ عن التعدد فعلاً، لكي تقضي في هذه الحال بإنهاء الزواج فإن القانون في مثل هذه الظروف لا يعيد عما يقضي به النظر المالكلي المحافظ. ولئن كان تعويض الزوجة في أحوال الطلاق المضر بها هو أحد التجديدات التي أخذ بها هذا القانون فإنه قد استبقى اعتبار ما يقع من الطلاق بعيداً عن القضاء صحيحاً تماماً ونافذاً. أما في ظل قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر سنة 1959 م [1379 هـ] فإن القاضي لا يمنح إذنه الضروري بالزواج الثاني إلا إذا اطمأنت نفسه - حسبما يتضح له إلى:

- 1 - أن الزوج قادر مالياً على الإنفاق على الزوجة الثانية.
 - 2 - وأن هناك مصلحة مشروعة في هذا الزواج.
 - 3 - وأنه لا خوف من احتمال وقوع الجور في المعاملة.
- ولا يحكم القانون العراقي بالتعويض في حالات الطلاق المضر بالزوجة، وإن

(17) لا يستطيع القائمون على القانون التونسي إقناع أحد باستناد أحكامهم بتحريم التعدد وجعل الطلاق بيد القاضي - إلى نصوص القرآن وفهمهم لها.

ومن الواضح أن هذا النوع من النظر الذي قاد إلى مثل هذه الأحكام إنما يسعى إلى هدف واحد، هو التمكين للمعايير الغربية في كل ما تختلف فيه مع أحكام الأسرة الإسلامية. وتنعن أصحابه في إخفاء هدفهم هذا؛ إذ لا يمكنهم الدفاع عنه بحجج مقبولة، نظراً لما تعانيه الأسرة الغربية من اضطراب؛ يظهر ذلك مما يقوله جوزيف شوميتز في كتابه الرأسمالية والاشتراكية والديمقراطية عن ظواهر نقص المواليد وانخفاض معدلها، وارتفاع نسبة الطلاق، وتفضيل البعض عدم الزواج. وهكذا لا يستند الاجتهاد الرامي إلى إقرار المعايير الغربية الثابت فشلها في بلادها إلى مصلحة ولا إلى نص.

(18) يدل هذا وحده على طبيعة هذا النوع من النظر الذي استند إليه القانون التونسي في تحريم التعدد وجعل الطلاق بيد القاضي.

طلب من الزوج الذي يريد التطليق الحصول على حكم من المحكمة بهذا الشأن في الظروف العادية.

وقد أصدرت باكستان عام 1961 م [1381 هـ] مرسوماً بقانون أحكام الأسرة للمسلمين يعد من أحدث أعمال المجددين التشريعية في العالم الإسلامي. ويمثل هذا القانون المحدود والمكون من ثلاث عشرة مادة النتيجة النهائية لمقترحات تقدمت بها لجنة كانت قد تشكلت عام 1955 م [1375 هـ] للنظر في الإصلاحات التي يمكن الأخذ بها في مجال التشريع الأسري. وقد كانت اقتراحات هذه اللجنة وقت نشرها على قدر كبير من التحرر حتى أثارت عاصفة من الجدل، كما يبدو من ذلك التقرير المستقل الذي كتبه أحد أعضاء هذه اللجنة معلناً خلافه لما انتهت إليه⁽¹⁹⁾. غير أن التجديدات التي تضمنها هذا القانون بالفعل تبدو معتدلة بصورة واضحة إذا قورنت بتلك التشريعات الحديثة الصادرة في الشرق الأوسط، خاصة وأنه قد أخذ بمقترحات هذه اللجنة على نحو جزئي فقط.

لقد أوجبت نصوص هذا القانون إقامة مجالس للتحكيم، تتألف من رئيس ومثل

(19) تألفت هذه اللجنة من سبعة أعضاء، واحد منهم فقط يمثل علماء الشرع هو مولانا حشمت الحق الذي لم يوافق على مقترحات هذه اللجنة، التي غلب عليها الاتجاه العلماني. وكانت أهم هذه المقترحات بالإضافة إلى ما ذكره المؤلف هي:

- (أ) إيجاب توثيق الزواج والطلاق بشهادة رسمية.
- (ب) تحريم الزواج مطلقاً ما لم يبلغ الزوج ثمانية عشر عاماً والزوجة خمسة عشر.
- (ج) وجوب إنشاء محاكم خاصة للنظر في الخلافات بين الأزواج، وتكليف القضاة بمهمة الإصلاح بين الزوجين عند التنازع.
- (د) وقوع الطلاق بالتعدد مفرداً.

(هـ) قصر السماح بالتعدد على الأحوال التي تقتضيه شريطة قدرة الزوج على الإنفاق على أكثر من زوجة، ودون أن يؤثر الوضع الجديد على مستوى المعيشة السابق للأسرة.

غير أن الأستاذ السابق الذكر - ومعه مجموعة من العلماء - لم يوافق على أكثر هذه المقترحات، فعارض في تقريره مبدأ وجوب التوثيق، اكتفاء بالشهادة وإعلان الزواج؛ المطلوبين في الشرع. ورفض كذلك تحديد سن معينة للزواج مطالباً بتجنب المصاعب الناشئة عن زواج الصغار عن طريق التربية والتثقيف. وهاجم أيضاً أي تدخل من السلطات الرسمية فيما يتصل بحق الرجل في التعدد، مبيناً عدم وجود مصلحة اجتماعية تقتضي هذا التدخل؛ ومشيراً إلى منازلة ذلك للمسلك المطبق في عصر الصحابة والتابعين ومن بعدهم. انظر في ذلك:

The Muslim Law of divorce, by K.N. Ahmad P. 1082. Published by: Islamic Research Institute, Pakistan.

لكل من الزوجين، مهمتها النظر فيما يتعلق بالمشكلتين الأساسيتين: التعدد والطلاق. وينبغي حصول الزوج على إذن كتابي من مجلس التحكيم إن رغب في الزواج بأخرى حال قيام الزواج الأول. وإغما يعطيه المجلس هذا الإذن وإذا اطمأن إلى ضرورة مثل هذا الزواج وعدم إفضائه إلى الجور. ومن الواضح إذن أن رضا الزوجة الأولى أو رفضها للزواج الثاني ذو أثر بالغ عند تقدير ضرورة هذا الزواج وعدالته، وإن كانت هناك بعض العوامل الأخرى الواردة ضمن الاعتبارات التي تؤخذ في الحسبان عند تقدير ذلك، كعقم الزوجة أو اعتلال صحتها أو جنونها⁽²⁰⁾. وبرغم أن عدم الحصول على إذن المجلس قبل عقد الزواج الآخر لا يجعل مثل هذا الزواج باطلاً فإن ذلك من شأنه أن يعرض الزواج لثلاث⁽²¹⁾ عقوبات:

- 1 - السجن في حدود سنة، أو تغريمه مبلغاً قد يصل إلى خمسة آلاف روبية، أو توقيع الأمرين معاً.
 - 2 - إلزامه فوراً بدفع مهر الزوجة أو الزوجات التي تزوج عليهن جميعه، حتى وإن كان قد اتفق من قبل على تأخير دفع جزء منه إلى حين انقضاء الزواج.
 - 3 - وأخيراً فإن للزوجة التي تزوج عليها الحق في الفرقة، طبقاً لهذه الفقرة التي ألحقها هذا القانون بقانون «الفرقة في الزواج بين المسلمين» الصادر سنة 1939 م⁽²²⁾.
- وكانت هذه اللجنة التي تشكلت عام 1955 م قد اقترحت ألا يقع الطلاق إذا لم تأذن به المحكمة إلا إذا حكمت للزوجة بنفقة مناسبة. غير أن القانون قد اقتصر على

(20) قررت المادة السادسة من القانون المذكور وأنه ليس لأحد أن يتزوج بأخرى أثناء قيام الزواج الأول إلا بعد حصوله على إذن كتابي من مجلس التحكيم؛ وأنه لن يسمح بتوثيق الزواج الآخر إلا بعد الحصول على هذا الإذن ثم حددت المادة نفسها أسلوب الحصول على هذا الإذن بأن على الراغب في مثل هذا الزواج التقدم بطلب إلى رئيس المجلس ومبيناً الأسباب التي تدعوه إلى ذلك وموقف الزوجة الأولى من الزواج المقترح. وعندئذ يسأله رئيس المجلس أن يعين مثلاً له أو حكماً؛ كما يطلب من هذه الزوجة مثل ذلك. ويجري فحص الطلب في هذا الإطار؛ كي يقرر المجلس إذنه أو رفضه في النهاية.

(21) نصت المادة المشار إليها في التعليق السابق على جزء آخر غير ما ذكره المؤلف، يتمثل في عدم توثيق الزواج الثاني إذا لم يأذن به المجلس. ولا يميز عدم التوثيق في القانون الباكستاني إلى تلك الصعوبات التي يؤدي إليها في القانون المصري - على سبيل المقارنة - وإنما يتعرض الزوج بسبب عدم التوثيق في القانون الأول إلى السجن في حدود ثلاثة أشهر أو للغرامة إلى مقدار ألف روبية.

(22) انظر فقرة (أ) من المادة الثالثة عشرة.

إلزام الزوج فور إيقاعه الطلاق بكتابة إعلام بذلك يسلمه إلى رئيس مجلس التحكيم، ويسلم صورة منه إلى الزوجة، وإلا تعرض للعقوبات التي فرضها هذا القانون. وبعد تسلم هذا الإعلام فإن عليه أن ينتظر انقضاء تسعين يوماً تجري فيها محاولات الصلح بينها، فإذا فشلت هذه المحاولات صار الطلاق نافذاً. ونظراً لأن هذه القواعد هي التي تحكم إيقاع الطلاق بأية صورة فإن هذا يعني إبطال الآثار المباشرة للطلاق البائن بأشكاله المعروفة في الفكر الفقهي إبطالاً تاماً. غير أنه على الرغم من كون هذه النتيجة الأخيرة خطوة هامة إلى الأمام⁽²³⁾ فالحقيقة التي تبقى هي أن هذا القانون قد ترك للزوج سلطة توقيع الطلاق بإرادته الخاصة كما هي دون نقص من الناحية الموضوعية.

وخلافاً لما حدث في بلاد الشرق الأوسط المسلمة فإن الباكستان لم تحاول تقنين الأحكام الشرعية تقنياً شاملاً، وإنما عملت إلى تعديل بعض الأحكام المعمول بها في جوانب معينة فقط، تأسياً بالتقاليد الانجليزية في هذا الصدد. وفضلاً عن ذلك فإن مقترحات لجنة 1955 م ونصوص قانون 1961 م تبين بوضوح أن الاجتهاد الذي يزعم هؤلاء المجددون أنهم يستندون إليه في تجديداتهم اجتهاد ذو طبيعة مختلفة عن التفسير الجديد الذي عمد إليه مجددو الشرق الأوسط، نعم، قد يكون نظام مجالس التحكيم إسلامياً في إطاره العام غير أنه لا يمثل محاولة تهدف إلى تطبيق النص القرآني. كما أن تلك الأحكام المتعلقة بالتمدد إنما تحدت وفق النوازع الاجتماعية العامة، ولم تنقيد بتلك الأوامر القرآنية الخاصة بجانبَي المقدرة المالية والمعاملة العادلة. ولا يخرج الأمر

(23) المعيار الذي طبقه المؤلف للحكم على هذه الخطوة بأنها «خطوة هامة إلى الأمام» هو معيار مستمد من ثقافته الغربية، وغير معابد لذلك. ومن الناحية الموضوعية فإن تقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن بينونة صغرى وبينونة كبرى هو تقسيم فيه نظر إلى مصلحة الأسرة، من حيث أنه يتيح فرصة مناسبة لمراجعة الزوج نفسه - إن تعجل بإيقاع الطلاق مرة أو مرتين - والتفكير في الجوانب المختلفة لقراره هذا، فلملح يرى أن الخير في رجوع زوجته إليه. أما إن فوت هذه الفرصة واستمر على موقفه إلى ما بعد انقضاء العدة فمعناه أن أسباب الخلاف بين الزوجين من القوة بحيث يحتاج إعادة العلاقة الزوجية بينهما إلى عقد جديد، بما يضمنه ذلك من حرية كل منهما في اختيار الدخول في هذا العقد أو رفضه. أما إن كان قد تكرر إيقاع الطلاق ثلاث مرات فمعنى ذلك أن أسباب الخلاف من القوة إلى الحد الذي يصعب معه ترجيح قيام الزوجين بواجباتهما لو عادت العلاقة الزوجية بينهما مباشرة. ولذا منهنبا الله عز وجل في هذه الحالة من الرجوع إلا بعد أن يجرب كل منهما حظه في علاقة زوجية أخرى. فهذا التقسيم إذن منطقي ويقوم على رعاية مصلحة الأسرة التي ينبغي أن تستمر ما دامت قادرة على تحقيق ما أراده الله عز وجل لها. انظر آيات سورة البقرة 228، 229، 230.

هنا عما كان عليه الحال دائماً منذ أولى محاولات تقنين الأحكام الشرعية في شبه القارة الهندية، حيث لم ينل موضوع الأسس الفقهية للتجديد ذلك الاهتمام الذي حظي به في الشرق الأوسط. وهكذا فإن المسألة تتلخص في أن القانون الباكستاني السابق الذكر قد استبقى الطابع الخاص بالقانون «الأنجلو إسلامي» على نحو يتسم بالواقعية، وذلك يتفق إلى حد كبير مع المزاج الراهن للباكستان وتطلعاتها⁽²⁴⁾.

وقد خضعت طوائف الفرق الإسلامية لأحكام التقنينات الحديثة التي صدرت على أسس قومية، وإن ظلت في المسائل التي لم تمتد إليها هذه التقنينات محافظة على الاحتكام لأنظمتها الفقهية الخاصة بها في مجال الأسرة. وذلك على سبيل المثال هو حال الشيعة الاثني عشرية والإسماعيلية في شبه القارة الهندية، والشيعة الاثني عشرية في العراق، والإباضية في الجزائر. أما بالنسبة لتلك المناطق التي تستقل فيها هذه الطوائف فإن مشكلات التجديد الفقهي وخاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أقل بكثير عما يصادف البلاد الإسلامية السنية في هذا الصدد، من جهة أن هذه الفرق لم تعترف أبداً بمبدأ «التقليد» في شكله السني. بيد أن الزيدية في اليمن والإباضية في الجزائر لم يجدوا أي دافع حقيقي للتجديد بعد، على حين أن القانون المدني المطبق حالياً في إيران - وهي معقل الاثني عشرية - الذي يضم أحكام الأسرة قد احتفظ إلى حد كبير في هذا المجال الأخير بتلك النظرة التقليدية، وإن تضمن بعض الأحكام التي تميزه عن هذه النظرة، كتحريره زواج الصغار وكإيجابه توثيق الزواج، والتي قد يصح القول الآن باشتراك القوانين الإسلامية جميعاً في الأخذ بها.

وتتناقض القوانين الحديثة المعمول بها لدى طوائف الإسماعيلية في خارج الهند أبلغ تناقض مع أسلوب الإصلاح المأخوذ به في البلاد الإسلامية السنية، حيث لا تستند تلك التغييرات الجذرية التي تطبقها هذه الطوائف إلا إلى السلطة التشريعية

(24) قد يكون هذا الاستنتاج متفقاً مع الظروف السياسية والثقافية التي عاشتها باكستان زمن تأليف الكتاب.

أما في الفترة الأخيرة فإن الشواهد تدل على تجمع الجهود - على المستوى الرسمي - للتعبير عن الوجه الإسلامي لباكستان. وتكفي الإشارة في هذا الصدد إلى قوانين الزكاة والحدود، حيث جرى تقنين أحكام الشريعة في هذين المجالين، ووضعت موضع التطبيق، وذلك فضلاً عن تلك المحاولات الجادة الرامية إلى صيغ النشاط الاقتصادي والمصرفي بالصيغة الإسلامية. ومعنى ذلك أن تطلعات الشعب المسلم الحقيقية في باكستان قد وجدت أخيراً نوعاً من التعبير عنها في مجال التعبير القانوني.

الموسلة لإمامهم «أغاخان». ومن ثم كان تحريم الزواج قبل بلوغ سن الثامنة عشرة للأولاد والسادسة عشرة بالنسبة للبنات، فيما تضمنته أحكام سموه وتوجيهاته للمجالس الإسماعيلية الأغاخانية في أفريقيا أمراً لا يتطلب أي سند فقهي آخر سوى مشيئة هذا الإمام. وقد نسخ هذا الحكم بطبيعة الحال ما كان معمولاً به في هذا الصدد لدى الإسماعيلية في شرق أفريقيا، وهو الأمر الذي لم تستوعبه تماماً محكمة الاستئناف الخاصة بهذه المنطقة كما يفهم من حكم حديث لها في هذا المجال⁽²⁵⁾. وعلى هذا الأساس نفسه استند القانون الجديد للشيعية الإمامية الإسماعيلية في أفريقيا لسنة 1962م بشأن التحريم الكامل للتعهد وقصر وقوع الطلاق على صدور حكم به من المجلس، وقبول الأصل المتمثل في كسب ولد الزنا شرعية النسب بالزواج اللاحق لوالديه، خلافاً لما استقر عليه الفقه الإسلامي كله.

ويصح أن نلاحظ أخيراً أن قانون الأحوال الشخصية المعمول به لدى طائفة الدروز اللبنانية والصادر سنة 1948م [1368 هـ] قد قضى أيضاً بحرمة التعهد مطلقاً وعدم وقوع الطلاق حتى يؤديه حكم من قاضي الطائفة، الذي أسند إليه حق تعويض الزوجة عما لحقها من ضرر بالطلاق إذا أوقعه الزوج دون دافع معقول⁽²⁶⁾.

بيد أن أخذ أهل السنة بمثل هذه «التجديدات الجذرية» قد أصبح أمراً ممكناً بعد أن خرج التفكير الفقهي من فترة التناقض الداخلي الطويلة معلناً انتصاره للاجتهاد، في الأقل، في تلك الحالات التي يعد فيها ذلك ضرورياً لتحقيق التجديد المنشود. وقد يعترض المحافظون - كما هو ظاهر في انتقاداتهم فعلاً - على أنشطة المجددين بأن تفسير نصوص الشرع يجب أن يتسم بالحياد والموضوعية، على حين أن ما سمي «بالاجتهاد الجديد» يكاد يكون قسراً لنصوص الوحي، كي تتفق مع المفاهيم الخاصة التي استقر عليها هؤلاء المجددون سلفاً تبعاً لدوافع ذاتية. بيد أن التاريخ التشريعي يبدي أن الظروف الاجتماعية السائدة كانت ذات تأثير كبير على الفكر الفقهي الإسلامي في فترة نشأته الأولى وأن الفقهاء الباكرين - بصرف النظر عما تأخذ به النظرية الفقهية التقليدية - قد فسروا القرآن بالفعل في ضوء هذه الظروف⁽²⁷⁾. ومن هذا المنطلق يصح

(25) لا ننصح هذه القضية على إطلاقها، فقد قام الفقهاء المسلمون في العصور المختلفة بتفسير القرآن وفق قواعد موضوعية لا تختلف من حيث النظر - في الأقل - في أسسها العامة.

ومع ذلك فمن الطبيعي أن نجد في التراث الإسلامي محاولات مستتمة من أصحاب التيارات المختلفة بهدف تأصيل أفكارهم ورجعها إلى نصوص القرآن والسنة، وهو الأمر الذي يعكس تأثر التفسير أحياناً باتجاهات المفسرين وميولهم. غير أنه لا يصح لأحد - بأي حال من الأحوال - أن =

للمجتهدين المحدثين تأكيد أنهم لم يخذوا حلو أسلافهم فحسب، بل وأنهم يكملون ما أنجزه هؤلاء الأسلاف؛ فإنه لما احتمل النقاش في الأقل أن التشريع التقليدي قد انتقص من مقاصد القرآن بإنزاله كثيراً من نصوصه المتعلقة بمعاملة المرأة منزلة الأوامر الخلقية. أما المجددون المحدثون فقد أولوا هذا النوع من المقاصد القرآنية عناية فائقة، كما أنهم أولوا هذه العناية ذاتها لبعض الأحاديث التي نسبت إلى النبي (ﷺ) في هذا الشأن، كحديث «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»⁽²⁶⁾. ومن ثم فقد يصح القول بقيام تأليف جديد من القانون والخلق، من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق روح الأحكام الشرعية على نحو أكثر وضوحاً، وأياً ما كان الأمر في شأن تلك الأسس النظرية التي يقوم عليها «الاجتهاد الجديد» أو في النتائج التي يقود إليها فقد كان أثره العملي الذي لا ينكر، وما يزال، هو بث ديب الحياة والحركة في النظر الفقهي. إن عصر التقليد ليسو الآن أشبه بفترة ركود طويلة في تاريخ التشريع الإسلامي. لكن هذا الركود قد أدخل مكانه الآن للتدفق الجديد والنمو المرتقب⁽²⁷⁾.

= يستند إلى الأمثلة التي تأثر فيها المقسرون بأرائهم ليقرو- منهجياً- حق كل مفسر في خلق آرائه الخاصة على نصوص القرآن أو السنة. فلو أجزنا هذا- وهو ما يريده المؤلف- لامتنع العمل بهذه النصوص، ولما أمكن الرد إلى الله ورسوله عند النزاع، ولارتفع معنى التكليف تماماً.

(26) ذكره أبو داود وابن ماجه برواية ابن عمر، انظر نيل الأوطار: 27.

(27) اهتم المؤلف في هذا الفصل بتحديد أبعاد منهج التجديد الفقهي الذي أطلق عليه اسم «الاجتهاد الجديد»، مستخلصاً ذلك من تتبع التقنيات الصادرة أخيراً في البلاد الإسلامية، وعلى نحو تختلط فيه المعالجة الموضوعية بالتعبير عن الآراء الذاتية للمؤلف. وقد مهد المؤلف لنتائج هذا الفصل بتحديد وضع التشريع في البلاد الإسلامية في العصر الحديث، وذلك ببيان في الفصل الحادي عشر أثر النفوذ الأجنبي في إلقاء الأخذ بأحكام هذا التشريع إلى مجال الأحوال الشخصية وإحلال قوانين غربية محلها في المجالات الأخرى. ويرغم أن المؤلف يضع يده على السبب الأساسي والمباشر لحدوث هذه الظاهرة، كما يتضح من العنوان الذي أطلقه على هذا الفصل المشار إليه، فإنه يتشبث بإلقاء عبء كل ذلك على ما أسماه بالتناقض بين أحكام الفقه التقليدي ومصالح المجتمعات الإسلامية، متطلقاً من هذا الافتراض إلى البحث في مناهج المجددين وأساليب تناولهم الرامية إلى التوفيق بين أحكام هذا الفقه ومصالح مجتمعاتهم. فزاد بمقتضى الفصل الثاني عشر للتجديد عن طريق الترتيبات الإدارية وإجراءات تنظيم التقاضي، متتبِعاً أسلوب المنع من سماع الدعوى، ومتعرضاً له بالنقد، كما رأينا بمقتضى الفصل الثالث عشر للنظر في أسلوب التخفيف من الآراء الفقهية المختلفة. ويعيب المؤلف هذا الأسلوب- كما عاب على سابقه- من جهة أن المجددين قد اضطروا في رأيه للتفتيش في التراث الفقهي والأخذ منه بما يوافق مصالح مجتمعاتهم، نظراً لقوة الانحياز التقليدي. وحين ضعف هذا الانحياز استطاع المجددون إظهار أهدافهم الحقيقية =

والاعتماد على اجتهاداتهم الخاصة التي أريد منها التعبير المباشر عن مصالح المجتمع العملية في تحديد هؤلاء المجتدين لها. وأجل ملاحظاتي - التي قد تلقي بعض الضوء على معالجة المؤلف لنوع الاجتهاد الذي يتصور له - في النقاط التالية:

1 - والاجتهاد الجديد الذي يقصده المؤلف يختلف فيما يبدو عن الاجتهاد المحدد أصولياً؛ إذ على حين يعني الثاني است فراغ الوسع في الوصول إلى الحكم الشرعي بالاعتماد على قواعد الاستنباط الأصولية فإن الأول يتجه إلى أن يكون الهدف منه مجرد الوصول إلى حكم يراعي الانجماهاات السائدة ويخضع لها دائماً تقيد بقواعد الاستنباط الأصولية. ويخرج مفهوم هذا النوع من الاجتهاد عن المعنى الشرعي لهذا المصطلح هو السبب في غموض معالجة المؤلف، خاصة وأنه لم يقم بتحليله بشكل مباشر، كما أنه السبب في عدم استقامة كثير من النتائج التي انتهى إليها. من ذلك - مثلاً - تسويته بين نوع الاجتهاد الذي دعا إليه محمد صبه في أواخر القرن الماضي وبين الاجتهاد الذي دعا إليه الشاعر محمد إقبال؛ والذي دعا إليه محمد عبده هو الاجتهاد بمعناه الفقهي، على حين انتصر إقبال للاجتهاد بمعناه الآخر.

2 - يقوم والاجتهاد الجديد في اصطلاح المؤلف على التحرر من التفسيرات الفقهية السابقة، وإعادة تفسير النصوص - التي يعتبرها المؤلف فضفاضة وذات طبيعة خلقية - في ضوء ظروف العصر ومصالح المجتمعات الجديدة، والمثارة في تحديدها بمفاهيم هذه الحضارة الغربية وقيمتها. ومن هذا - وحده - يتضح هدف المؤلف في الانتصار لمفاهيم هذه الحضارة، وإصراره على أنها تمثل المعيار النهائي الذي يجب الأخذ به. وهو يحكم بهذا المعيار دائماً؛ فقد رأيناه يتخذ المنع من سماع الدعوى ومنهج التخير من الآراء الفقهية، يحكم أنها لا ييسران هدف الاستمداد من الغرب دائماً، عحفظاً بتأييده لهذا اللون من الاجتهاد الذي يمكن عن طريقه تبرير أي رأي، كإلغاء التعدد فيما أخذ به القانون التونسي، وجعل الطلاق بيد القاضي فيما أخذ به هذا القانون وغيره.

3 - البديل لهذه الحطة التي لا تهدف إلا إلى فرض نفوذ التشريع الغربي والتسكك للتراث الفقهي الإسلامي - الذي كان ذا أثر بالغ على تطور التشريع الانجليزي نفسه في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، الأمر الذي تدل عليه مقدمة ترجمة هاملتون للهداية في القرن الثامن عشر وقيام قضاة من الانجليز بتطبيق أحكام هذا التشريع في الهند - هو قبول منهج أكثر تكاملاً وأوثق صلة بتراثنا وأقوى تعبيراً عن روح هذه الأمة ومعتقداتها. ويتمثل أساس هذا النهج في إعمال النصوص الشرعية ورعاية مصالح المجتمع معاً، فإنه لا تعارض بينها كما قرر المدققون من الفقهاء. وطبقاً لذلك فإن أساليب المنع من سماع الدعوى في بعض الأحوال التي تقتضيها للصلحية والتخير من الآراء الفقهية أو التلفيق بينها حسب قوة الدليل - بما يشمله من الالتفات إلى المصالح - هي أساليب لا تزال صالحة للاعتماد عليها في تحقيق التجديد التشريعي. ومن الناحية الواقعية فإننا نلاحظ أن التقنيات المدنية الصادرة أخيراً في العراق والكويت والأردن قد اعتمدت على كل ذلك فيما أخذت به من أحكام. وبوسع المجتدين كذلك أن يبادروا إلى الاجتهاد في الأحوال التي تقتضيها، شريطة عدم التناقض مع نصوص الشرع وما أجمع عليه الفقهاء. ولا يتطلب الأمر سوى إتلاص القائمين على هذا التجديد والمسؤولين في البلاد الإسلامية.

الخاتمة

الفقه والتقدم الاجتماعي للمسلمين

إذا تطلّعنا إلى المستقبل فإن هناك ملمحين أساسيين يسترعان النظر في أنشطة المجددين التشريعية:

أولهما أن الصياغة التشريعية الحالية تبدو أسسها الفقهية مختلفة اختلافاً بيناً، وتمثل مزجاً متفاوتاً في الدرجة بين مقتضيات كل من الضرورة الواقعية والأحكام الدينية. وقد أدى اجتماع هذين العاملين الأساسيين في المرحلة الأولى من التجديد التشريعي إلى قيام ازدواجية واضحة المعالم في القانون. فقد دخلت القوانين الغربية بشكل مباشر في المجالين الجنائي والمدني عموماً، على حين استمرت السيطرة للأحكام الشرعية التقليدية في مجال الأحوال الشخصية غير أن الاتجاهات الأخيرة تميل إلى التخلص من هذا التباين الحاسم. ففي مجال المعاملات المدنية لقيت الأحكام الشرعية اهتماماً متزايداً بها. فالمزج بين العناصر الإسلامية والأجنبية هو الملمح البارز للقانون المدني العراقي⁽¹⁾ الصادر سنة 1953 م، حيث ترجع كثير من أحكامه إلى التقنين

(1) من أحدث القوانين المتأثرة باتجاه هذا القانون القانون المدني الأردني الذي صدر عام 1976 م. ويشير هذا الاتجاه بوضوح كامل إلى قدرة الفقه الإسلامي الكامنة على مسايرة التطورات الحديثة واتساع أحكامه لضبط أوجه التعامل المدنية. وتدل المراجعة السريعة لنصوص القوانين المدنية المعمول بها في البلاد الإسلامية والمناخوة من القوانين الغربية - كالقانون المدني المصري الذي أشرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري على إصداره - على حقيقة هامة في هذا الصدد، وهي أن =

الحنفي: «المجلة»، وإلى المؤلفات الفقهية التقليدية. على حين استقيدت أحكامه الأخرى الواردة في مثل مسائل التأمين وسائر عقود الغرر من المصادر الأوروبية تماماً⁽²⁾. كما أن القانون الأسري قد تأثر بدوره بالقيم والمعايير الغربية على نحو متزايد، حتى لتبدو أسسه الفقهية - إذا نظرنا إليها في مجملتها - أكثر اختلاطاً منها في غيره، فالأحكام القانونية الخاصة بهذا المجال في أية مجموعة قانونية حديثة هي خليط من عناصر تقليدية وأخرى جديدة، وكانت هذه العناصر الجديدة نتيجة تعديل للأحكام التقليدية في بعض الأحيان، أو تفسير جديد للمصادر الشرعية الأساسية في بعضها الآخر، أو اعتراف صريح مباشر باحتياجات العصر في غير ذلك من الأحيان.

ومن ثم فقد كانت الأسباب الاقتصادية وحدها هي المستند لتبرير إلغاء الأوقاف الأهلية التي كان يميزها نظام الوقف التقليدي إلغاء كاملاً فيما أخذت به سوريا سنة 1949 م [1269 هـ] ومصر بعد ذلك بثلاث سنوات. كما كانت الضرورة الاجتماعية هي المبرر لعدد من التجديدات الحديثة المتصلة بأكثر مجالات الشريعة استعصاء على التغيير من وجهة النظر التقليدية، وهو الميراث. ففي سنة 1945 م [1265 هـ] أجاز المنشور الشرعي السوداني الوصية للوارث في حدود القدر المعين شرعاً وهو ثلث التركة، مبرراً استحداث هذا الحكم برعاية شعور الموصين بالحاجة إلى تخصيص نصيب أكبر من التركة للضعاف من الورثة⁽³⁾. وفي الحقيقة فإن الفقه الاثني عشري قد

= أكثر أحكام هذه القوانين تجد مقابلاً لها في أحكام الفقه الإسلامي. وهذه نتيجة استقراء قمت به لأبواب الشركات والمقاولة وعقد العمل والرهن والهبة في القانون المشار إليه. ولعل تلك الحقيقة هي التي يسرت إصدار هذه القوانين المدنية على أساس من أحكام الفقه الإسلامي، وهي التي تسر صدور غيرها في بلاد إسلامية أخرى.

(2) يرى الدكتور السنبوري في كتابه «مصادر الحق في الفقه الإسلامي»: 57/3 أن القانون العراقي قد حاول في عقود الغرر - أيضاً - التوفيق بين الاتجاهات الغربية وأحكام الفقه الإسلامي فيما أخذ به. وتضم عقود الغرر التأمين والمقارعة والمربى مدى الحياة.

(3) يعارض هذا الحكم ذلك التحديد الدقيق لأنصبة الورثة في القرآن، حسبما جاءت به آيات الميراث من سورة النساء، كما يعارض نص قوله ﷺ: «إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث». وهذا الحديث قد رواه الشافعي في الأم: 27/4، وفي الرسالة بتحقيق الشيخ أحمد شاكر ص 140، والترمذي، وقال عنه «حديث حسن صحيح» وأحمد في المسند: 267/5. وأبو داود وابن ماجه والبيهقي والنسائي والدارمي.

وقد ذهب ابن حزم في المحلى: 316/9 إلى أن متن هذا الحديث متواتر. راجع تخريج هذا الحديث في الرسالة المشافعي بتحقيق الشيخ أحمد شاكر في الموضوع المشار إليه. وهكذا لم يكن للقانون =

انجه على الدوام إلى جواز الوصية للورثة، مع التعليل لذلك بأن حديث «لا وصية لوارث» عمول إما على إضافة عبارة «إلا في الثلث» وأما على ضرورة تفسيره بما يفيد عدم حرمة هذه الوصية، بل بما يفيد أنها لم تعد واجبة. وقد أشار قانون الوصية المصري الصادر سنة 1946 م [1366 هـ] عندما أخذ بهذا الحكم المستحدث إشارة خفيفة إلى مذهب الاثني عشرية، تبريراً لمسلكه في هذا الصدد. غير أنه لا يمكن لمجتمع سني أن يكون الأخذ المباشر لآراء فرقة مخالفة أساساً فقهاً مقبولاً لمثل هذا الحكم المستحدث، ومن ثم فليس من المستغرب ألا تأخذ الأقطار الأخرى بخلاف ما أجمعت عليه المصادر السنية التقليدية وألا يحكم بصحة الوصية للورثة ولو لم يوافق سائرهم، اللهم إلا في العراق، الذي يتفق أخذه بهذا الحكم مع حقيقة كون نصف سكانه في الأقل من الشيعة.

وينظري قانون الميراث التونسي الصادر سنة 1959 م على اختلاف أعمق من ذلك مع طبيعة أحكام الميراث التقليدية. فقد ذهب هذا القانون إلى حجب الإخوة والأخوات من الميراث بالفرع الوارث مطلقاً، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً. طبقاً لترتيب العصبات المتفق عليه بين المذاهب السنية يرث الإخوة بالتعصيب في حال غياب الذكور من الفروع والأصول الوارثة. ولعل من الممكن القول بأن القانون فيما أخذ به قد وضع الروح العامة للتشريع القرآني موضع التطبيق. فمن أهم الاتجاهات التي جاء بها الإسلام ذلك الاتجاه الذي أراد إحلال وحدة الأسرة الضيقة محل الوحدة الاجتماعية الأوسع، وهي القبيلة ومع ذلك فقد أخفق الفقه القديم إلى حد كبير في تحقيق هذا الهدف بالنسبة للميراث في الأقل، نظراً لإبقائه على النظام القبلي العرفي الذي يعطى للعصبات من الذكور حقاً يفوق حق غيرهم⁽⁴⁾. غير أن مفهوم الأسرة

= السوداني ولا المصري الخروج على نص الحديث وإجازة الوصية لبعض الورثة بدون موافقة سائرهم.

(4) لا يصح تبرير ما أخذ به القانون التونسي بمثل هذا الاستدلال، فالحكم الفقهي القاضي بتوريث الإخوة بالتعصيب مع وجود الفرع الوارث المؤنث مستند إلى قوله ﷺ: «الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الورثة فلاولى رجل ذكر». وهو الذي يتفق مع المصلحة؛ فإن الحكم الفقهي يجمع بين توريث الفرع المؤنث والإخوة معاً، بالقدر الذي تنسج له التركة، على حين لا يراعي القانون فيما أخذ به سوى مصلحة جانب واحد. ولا ينطلق الحكم الفقهي من مسايرة المفهوم القبلي العرفي الذي كان يقضي بعدم توريث الإناث مطلقاً، كما مر فيما سلف. والواقع أن أحكام الفقه لا ترفع من شأن العصبات، بل تؤخر استحقاقهم - طبقاً للحديث المذكور - إلى ما بعد استيفاء أصحاب =

باعتبارها مؤلفة من الزوجين وفروعها هو الذي حدا بالقانون التونسي فيما يبدو إلى استحداث هذا الحكم، دون أن يبذل واضعوه محاولة من أي نوع لتقديم أية حجة أخرى تؤيد هذا الحكم، سوى حاجة المجتمع الملحة. ومن ذلك أخيراً أن تقنين أحكام الأسرة الباكستاني لسنة 1961 م قد عدل بشكل مباشر وعلى هذا الأساس نفسه أحكام الميراث التقليدية، ذلك حين أتى بمبدأ التنزيل الكامل لفروع الميراث على أصولهم التي يدلون بها إليه. ومن ثم يبدو هذا الحكم الجديد في محل التعارض الكامل مع المنهج الذي اختطه القانون المصري في علاج المشكلة نفسها عن طريق الوصية الواجبة التي وجد لها أساساً فقهاً مقتنعاً إلى حد كبير في المصادر الفقهية الثابتة.

وإذا نظرنا إلى الاعتراف الكامل بمصالح المجتمع واحتياجاته، على هذا النحو الذي ذهب إليه الفكر التشريعي في أحيان كثيرة باعتباره اجتهداً حديثاً، فإن الذي يتضح لنا من ذلك أن مفهوم هذا النوع من الاجتهاد هو مفهوم مختلف إلى حد بعيد عن الاجتهاد الآخر الذي رأينا كيفية عمله فيها مر آنفاً لعلاج مشكلتي التعدد والطلاق - على سبيل المثال - حيث اعتمد المجددون في هذا الصدد على تفسيرات معينة لبعض التوجيهات القرآنية⁽⁵⁾، وباختصار فيبدو أن الفكر التشريعي الحديث لما يصل بعد إلى تحديد أسلوب منهجي لعلاج مشكلة احتكام الفقه التقليدي لظروف المجتمع الحالي. ونظراً لغياب أي أصل مطرد أو منهج متناسق لدى المجددين فلأنهم عمدوا إلى تحقيق التجديد في الغالب بروح عملية تتوخى المصلحة وحدها.

أما الملحق الثاني للتشريع الإسلامي الحديث، فيما يتصل بتطوره المرتقب في المستقبل، فيتمثل في أن عدداً كبيراً من التجديدات الأساسية فيه إنما تبدو في النظرة العامة مجرد حلول مؤقتة أو تسويات جزئية. ولست أعني بذلك إنكار فعالية هذه التجديدات في حل المشكلات المباشرة التي تصدت لعلاجها، والذي أعنيه أن بعض هذه التجديدات مثل ذلك التقييد الجزئي لحق الرجل في التعدد والطلاق إنما تتبع حتماً

= الفروض حقوقهم. ولعل القانون قد أراد تحقيق المساواة بين الفرع المذكر والمؤنث في حجب الإخوة من الميراث تحقيقاً حرفياً. وفي هذا الإطار يصبح فهم حجة القانون الوحيدة والتمثلة في الحاجة الملحة للمجتمع، بل ومناقشتها كذلك. ويعد هذا الفهم المختل للتسوية بين غير التماثلين في الواجبات مسؤولاً عن كثير من الاضطراب الفكري في مجتمعاتنا.

(5) يؤكد ذلك فهم لطبيعة الاجتهاد الحديث الذي يدعو إليه، وأنه ينبغي أن يقوم على رعاية المصالح المفترضة للمجتمع. كما يؤكد اختلاف هذا النوع من الاجتهاد عن الاجتهاد بمعناه المحدد أصرياً. وهذا الاختلاف قد أشرت إليه في التعليق المدون آخر الفصل السابق.

الوجهة التي يليها التقدم المنشود، ولا يمكنها إلا أن تمثل مرحلة متوسطة في سير المجتمعات الإسلامية على هذا الطريق. وكذلك تقف هذه التجديدات أحياناً موقفاً معارضاً إلى حد كبير للأحكام الشرعية التقليدية؛ فمثلاً يتطوّر أخذ باكستان بقاعدة «التزليل» في الميراث على نوع من النقض الكامل لذلك التوازن الدقيق الذي أقامته الأحكام الفقهية بشأن ترتيب أولويات استحقاق الورثة. إذ يقضي الأخذ بذلك - على سبيل المثال - إلى حجب بنت ابن الميت للإخوة من الميراث، مع أنهم غير محجوبين ببنت الميت ذاتها.

وتثير هذه التجديدات فيما تفضي إليه في أحيان أخرى مشكلات جذرية يتحتم إيجاد حل لها. من ذلك مثلاً أن الهدف النهائي من تقييد التعدد والطلاق، فيما يبدو بوضوح، هو تحقيق المساواة بين الجنسين. غير أن حق الرجل في هذين المجالين إنما ينبع في إطار الأحكام الشرعية التقليدية من المفهوم الأساسي للزواج، باعتباره عقد معاوضة يشتري فيه الرجل حق المعاشرة الجنسية نظير المهر الذي يدفعه⁽⁶⁾. ومن ثم

(6) وجه قاسم أمين بإشارة أستاذه محمد عبده، فيما يقال، هذا الانتقاد لما أورده بعض الفقهاء المتأخرين من تعريف للزواج بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً، أو بأنه عقد يملك به الرجل بضع المرأة، مقررّاً بُعد مفهوم الزواج المستخلص من هذا التعريف عن مفهومه المتضمن في النصوص القرآنية. فقد قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ سورة الروم، دالاً بذلك على أن الغرض الاسمي للزواج هو حفظ النوع الإنساني، وأنس كل منها بصاحبه، وشيوع المودة والرحمة بينهما. راجع في ذلك مبحث تعريف الزواج في كتاب الدكتور محمد بلناجي: دراسات في أحكام الأسرة. ويشان الدعوة إلى تغيير مفهوم الزواج الذي عبر عنه الفقهاء طبقاً لما نادى إليه قاسم أمين وردده المؤلف هنا فإننا نورد الملاحظات التالية:

(أ) هذا المفهوم المستفاد من تعريفات بعض الفقهاء المتأخرين للزواج لم يكن عاماً ولا سائداً في كتب الفقه جميعها، بل لا نجده إلا في بعض المؤلفات المتأخرة والتي ترجع إلى ما بعد القرن الخامس.

(ب) الذين وقعوا في هذا التعريف من الفقهاء اضطروا إليه بحكم الصناعة المنطقية التي تقضي بأن يكون التعريف جامعاً مانعاً.

(ج) يتضح للمفهوم الحقيقي للزواج لدى الفقهاء من تحديداتهم للحقوق والواجبات الناشئة عنه، لا من تعريفهم المشار إليه.

ومن هذا يتأكد أن ما يشره المؤلف - وغيره - بصدد وجوب تغيير المفهوم الفقهي للزواج أمر لا أساس له، إلا إذا اقتصرنا هذه الدعوى على النظر في تغيير تعريف بعض الفقهاء المتأخرين لهذا العقد.

فإن الواجب فيما ترتضيه الأفهام المعاصرة، هو استبعاد التشريع لهذا المفهوم الأساسي العتيق إذا أراد إقامة أي نظام حقيقي للمساواة بين الجنسين. وأخيراً فإن جو الغموض الذي ما يزال يحيط بالصراع الأساسي بين الاتجاهين التجديدي والتقليدي قد تنبىء عنه الاضطرابات الأخيرة في العراق، ففي سنة 1959 م [1379 هـ] تبني قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر في هذا التاريخ نظاماً جديداً للميراث، لا يدين بشيء للأحكام الفقهية التقليدية، وإنما استمد أحكامه من التقنين العثماني الخاص بميراث الأراضي الأميرية والمأخوذ بدوره من القانون الألماني. وقد كان الهدف من القانون العراقي هو توحيد الأحكام المعمول بها على أساس قومي، حيث كان التباعد بين أحكام المذهبين الشيعي والحنفي عميق الجذور إلى الحد الذي يصعب معه التوفيق بينهما، فوضعت أحكام نظام أجنبي «عقائدي» موضع التطبيق، على اعتبار أن ذلك النظام هو الوحيد الذي يمكن أن يحظى بقبول أهل السنة والشيعة كليهما⁽⁷⁾. غير أن هذا القانون قد ألغى في فبراير سنة 1963 م [1383 م] وحل محله قانون آخر مستمد من الأحكام المعروفة في المذهب الشيعي.

ولقد أدى اعتماد النظر التشريعي الحديث على ذلك المنهج الفقهي الذي لا يستقر على ضوابط وقيد محدودة إلى أن صارت هذه التجديدات الأساسية بطبيعتها متارة لكثير من عواصف التبدل وعدم الثبات في التشريع الإسلامي المعاصر. وهكذا دب البلى إلى قلاع الفقه القديم، حتى لم يعد ترميمها ممكناً، ولكن لم يتيسر بعد لذلك البناء المتنافر الذي حل محلها أن يستند إلى مثل تلك الأسس الثابتة التي كانت لها، أو تتماصك لبنات كحماكت لبناتها.

وهذا أمر طبيعي لا يسهل تجنبه في ظروف التطور هذه. ويبدو أن التاريخ يعيد نفسه مرة أخرى، إذ يتشابه الموقف الذي يواجهه الإسلام الآن إلى حد بعيد مع الموقف الذي كان عليه أثناء تطور الدولة الأموية. فكما ظهر في تلك الأثناء عدم كفاية تشريع فترة المدينة - الذي تألف أساساً مما كانت عليه الأعراف العربية بعد تعديلها في ضوء المفاهيم القرآنية - في حل المشكلات التي واجهت هذه الامبراطورية الجديدة،

(7) لا يستند هذا التبرير إلى أي أساس منطقي، والواقع أن هذا القانون قد صدر في ظروف تسلط حكومة عبد الكريم قاسم التي فرضته على الشعب العراقي فرضاً، ولذا تم استبعاده بمجرد سقوط هذه الحكومة. فالاضطراب الذي يشير إليه المؤلف ليس اضطراباً منهجياً، بل هو اضطراب سياسي، سمح بوجود مثل هذه الحكومة، وأرضى لها العنان في فرض ما تشاء على الشعب.

فكذلك تعجز المقررات الفقهية الموروثة عن مواكبة الحركة التي تتطلبها الحضارة الغربية. ولا يخرج صنيع المجددين المحدثين في ضبط تدافع الأحداث عن أسلوب أسلافهم في العصر الأموي أيضاً، إذ انتهى الجميع إلى الأخذ ببعض المعايير التي أملاها الواقع وحتمتها الضرورة.

وفي القرن الثامن الميلادي استطاع التفكير الفقهي التقليل بشكل منهجي من الطابع العشوائي لنمو العمل القانوني الأموي ومن اختلاط الأعراف والمبادئ القرآنية والعناصر الأجنبية التي التقت جميعها في إطار نظام تشريعي إسلامي. ومن ثم فالسؤال الذي يطرح نفسه على نحو لا افتعال فيه إنما يدور حول قدرة التفكير التشريعي الحديث على الاصطلاح بدور مشابه كي يقوم باستيعاب هذا الخليط المتناثر من المواد التي تشكل الواقع القانوني الحالي، وبخلع الطابع الإسلامي عليها طبقاً لمنهج تشريعي واضح. وإذا أخذنا في الاعتبار نتائج الدراسة التاريخية لأحوال التشريع الإسلامي في الماضي فلعل بالوسع الآن أن نحسد بالشكل الذي قد يتخذ تطور هذا التشريع في المستقبل.

إن المشكلة الأساسية التي تواجه التشريع الإسلامي في الحاضر في أبسط تصوير لها هي المشكلة ذاتها التي واجهها دوماً، والتي تتمثل في الحاجة إلى تحديد العلاقة بين المعايير والقيم التي عليها الإيمان الديني ومتطلبات الحياة المادية المحركة للمجتمع.

وقد تطرف البعض من أنصار النظرية الفقهية التقليدية فرأى الحل في الاحتكام إلى أوامر الشرع وحده والالتزام الحرفي بمبادئه التي تشكل منها بفضل جهود متلاحقة نظام شامل صارم من الواجبات والحقوق المهيمنة على سلوك المجتمع ومعاملاته⁽⁸⁾. وتطرف آخرون في الاتجاه المضاد فذهبوا إلى أن الحل - وهو ما أخذت به تركيا - إنما يتمثل في «العلمانية» التي تلجئ المعايير الدينية إلى مجال الضمير الفردي، والتي تمنح العوامل الاجتماعية وحدها السلطة الكاملة في تحديد شكل القانون وصياغته.

ولا يمكن أن يحظى أي من هذين الحلين بالقبول في التشريع الإسلامي الحديث، فإن الأول ليس بواقعي أبداً، كما أن الآخر غير إسلامي قطعاً. ومن ثم يتضح وجود الحل الصحيح في نوع من التوفيق بين هذين الحلين المتطرفين، أو بعبارة

(8) ليس هذا - في الحقيقة - تطرفاً؛ ففضية الالتزام بأوامر الشرع ترتبط أساساً بالإيمان. إذ يوجب القرآن - في مناسبات كثيرة - طاعة الله وطاعة رسوله فيها أمراً به ونهياً عنه، مبيناً أن من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون الفاسقون الكافرون. أما اجتهدات الفقهاء فلم يقل أحد بوجوب تقليدهم فيها.

أخرى في مفهوم للقانون - بوصفه معياراً للسلوك والتعامل - يقوم في أساسه على تلك المبادئ الشرعية الثابتة التي لا يمكن تغييرها، دون إغفال مراعاة عامل التطور في هذا الإطار، ويسمح أيضاً بتبني تلك المعايير الوافدة التي قد يجد التفكير الفقهي الحديث أنها أولى بالأخذ من موروثاته المحلية الخاصة.

إن الدراسة التاريخية تبين لنا كيف تم بالتدريج أثناء عهود الإسلام الأولى استيعاب التوجيهات القرآنية في إطار الأعراف القانونية السائدة آنذاك والتنظيمات الإدارية للخلافة الأموية. وعندما أراد التفكير الفقهي بعد هذا إقامة منبر عام يضبط تلك الجوانب المختلفة فإنه قد حقق ذلك معتمداً على تفسير التوجيهات القرآنية تفسيراً مَرِناً متحرراً يستهلي الواقع العملي. وهذا هو الوضع الغالب على كل حال في عديد من المسائل المتعلقة بقبة الأسرة على سبيل المثال، وكذلك فإنه اعتمد في بعض القضايا على تفسير المبادئ القرآنية بقدر كبير من التزمّت، كما حدث في موضوع الربا مثلاً.

وقد انتهى الأمر بهذه التفسيرات الفقهية وما نجم عنها من إضافات إلى التعبير عنها في صياغات ألبستها ثوب الأحاديث وأسندتها إلى التوجيه الإلهي. ولذا يصبح الواجب الأول على الفكر الفقهي المعاصر - وهو الذي تكررت الدعوة إليه في العصر الحديث - أن يضطلع بعبء تحقيق النصوص المنسوبة إلى الوحي الإلهي، وتحديد الأصول الثابتة منها. ويتقضي هذا بطبيعة الحال إعادة صياغة الموقف الجدير بالقبول من الأحاديث لا من حيث النظر في أمر صحتها فحسب. بل من حيث النظر في طبيعة حجية الثابت منها كذلك⁽⁹⁾. فإذا ما تم إنجاز ذلك التحقيق بكلأ جانبيه تعين أن تشكل معطياته الأسس الرئيسية التي لا يمكن الخلاف حولها لأي نظام قانوني يرجى أن يكون تعبيراً عن الإرادة الإلهية.

وما لا يمكن تجاهله في هذا الصدد أن بعض الأحكام القرآنية - كتلك التي توجب قطع اليد في السرقة - تثير في ظروف الحياة المعاصرة نوعاً من المشكلات التي لم

(9) يقترح المؤلف إعادة النظر في طبيعة الحجية، وهذا قد يؤدي إلى الأخذ ببعض الصحيح وترك ما هو صحيح أيضاً، وفي هذا ما فيه من التناقض مع القواعد الأساسية للشرعية، اللهم إلا إذا كان قصد الفريق بين ما كان من تصرفاته ﷺ بمقتضى الرسالة والتبليغ وبين ما كان من تصرفاته بمقتضى الإمامة والقضاء ما هو من قبيل تحقيق المصالح الخاصة بزمته ﷺ، أو ما كان من قبيل الحكم في قضية معينة لا عموم لها. وليس هذا التصرف ومن اللازم لجميع الأمة من تعبير الدلعلي، وإنما اللازم هو ما صدر منه ﷺ بمقتضى الرسالة والتبليغ. مراجع: تصرفات الرسول ﷺ بالإمامة وصلتها بالتشريع الإسلامي. للدكتور أحمد يوسف ص 19. وما بعدها.

ينتهي بعد إيجاد حلول لها⁽¹⁰⁾. غير أن الأحكام القرآنية تتخذ بوجه عام صيغة المعايير الأخلاقية مما يتيح لها أن تدعم الأبنية القانونية الحديثة، وهي في الوقت نفسه تتسع للعديد من التفسيرات بما يكفل لها الوفاء بالاحتياجات التي عليها الزمان أو المكان.

وعلى هذه الأسس فلقد يبدو إمكان تحقيق التشريع الإسلامي - بطريقة عملية لا تنبؤ عن المفاهيم الحديثة - لنموذج الحياة الإسلامية، الفريد الأصيل، الذي يقوم على الاستجابة للأوامر الإلهية. وبعد أن يتخلص هذا التشريع من المفهوم التقليدي للقانون الديني الذي يتمثل في مجموعة من القواعد المتحركة الجامدة فسيتم له أن يتناول مشكلة العلاقة بين القانون والمجتمع بأسلوب جديد. وبدلاً من أن يبدأ كما كان يفعل دائماً منذ القرن العاشر، وحتى الآن، بالتساؤل عن التنازلات التي يمكن انتزاعها من القانون تلبية لحاجة المجتمع، فإنه على العكس من ذلك تماماً سوف ينطلق من محاولة تعيين القيود التي تفرضها الأحكام الدينية على نظام المجتمع⁽¹¹⁾.

ولئن بدا هذا التناول متضماً لضرب من المفارقة أو الخروج الجذري على التراث الفقهي للماضي فإنه برغم ذلك لا يعدو أن يكون خروجاً على صيغة تقليدية معينة لتطبيق التشريع الإسلامي، لا على جوهره الأصيل. ولعل هذا التناول المقترح يقدم الأساس الواقعي الوحيد للتطور المرتقب للتشريع الإسلامي، كما أنه البديل الوحيد كذلك للإعراض التام عن الأخذ بفكرة القانون الديني القائم على الوحي. فالقانون الذي ينبغي الاحتفاظ بدوره المطرد كقوة حية لا بد له أن يمثل روح المجتمع الذي ينظمه⁽¹²⁾. وليست العلمانية في أية صيغة لها بقادرة على أن تعكس روح

(10) ليس هناك من حل آخر سوى التقيد بما أوجبه النص القرآني عقوبة للسارق، يقول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ﴾ المائدة : 38. وهذا ما أخذ به قانون الحدود الباكستاني الصادر سنة 1979 م، دون أن يثير ذلك مشكلة، بل المشكلة إنما تنور في ظل عدم الأخذ بالأحكام القرآنية في المجتمعات المسلمة المطالبة بحكم إيمانها بهذا الدين بوجوب الخضوع لأحكام الله عز وجل وألا تحد في نفسها حرجاً مما تقضي به هذه الأحكام.

(11) لم يرق الفكر الفقهي في الواقع على مبدأ التساؤل عن التنازلات التي يمكن انتزاعها من القانون تلبية لحاجة المجتمع ومصلحه، وإنما قام بتعيين القيود التي تفرضها مبادئ الشرع على معاملات المجتمع. تدل على ذلك أصول وقواعد كثيرة. من بينها الأصل القاضي بأن الأشياء محكوم بحلها ما لم يرد التحريم، ومن بينها كذلك أصل مراعاة ما تقضي به المصلحة، وتحكيم الأعراف التي لم تشهد النصوص بحلها، وقواعد رفع الحرج ونفي الضرر. وكل ذلك يدل على أن المعاملات التي رآها الناس محقة لمصلحتهم محكوم بحلها، ما لم يردم الشرع عنها بتحريمها، نظراً لوجود مصلحتهم الحقيقية في هذا التحريم.

(12) لهذا وحده يجب أن يكون القانون المعمول به في البلاد المسلمة إسلامياً.

المجتمع المسلم المعاصر، وكذلك فإن الكتب الفقهية الموروثة عن العصور الوسطى لا تقل عنها عجزاً في هذا الصدد⁽¹³⁾.

(13) تعرض المؤلف في هذه الحاشية لرسم تصوره لتطور التشريع الإسلامي في المستقبل، منطلقاً من أن الاستمداً الكامل للقوانين الغربية لا يمكن أن يكون هو الحل الصحيح، وأن الوقوف عند تقليد الآراء الفقهية السابقة ليس هو البديل، ومستتجاً من ذلك وجوب الاعتماد على نوع من الاجتهاد - هو الذي ناقشت أسسه في التعليق المدون آخر الفصل السابق - يتوخى التوفيق بين نصوص الشرع وبين ظروف العصر واحتياجات المجتمعات الإسلامية. ولما كان هذا الاجتهاد قائماً في رأيه على رعاية المصالح الاجتماعية بالدرجة الأولى فإن ذلك يقتضي قيام التفكير الفقهي بواجبين: أولاً نقد السنة لاستبعاد ما لم يصح ثبوته منها، والآخر إعادة النظر في أمر حجة ما صح منها. وهو بهذا الطلب الأخير يعود إلى موقف المستشرقين الثابت من السنة بعد أن كان قد تزحزح عنه قليلاً.

لقد وقع المؤلف في خطأ منهجي فادح، هو أنه لم يقدر التراث الفقهي للمسلمين حق قدره. ظهر ذلك في مجرعه على منح التخير من آراء الفقهاء في حدود ما تقتضي به المصلحة، واحتياجه إلى ذلك والاجتهاد الجديد الذي ينفرد بالنصوص الشرعية لتبرير الاتجاهات العلمانية المسيطرة. فكانه يدعو إذن إلى الانصراف الكامل عن هذا التراث، باستثناء تلك المبادئ الأخلاقية العامة التي نصحت بها نصوص الشرع. وليست هذه الصيغة هي التي يتوافر فيها للقانون أن يكون مرآة تمكس روح المجتمع وعقيدته، كما أنه ليس من الحكمة النصيح بأن تتخل أمة عن تراث لم توفق غيرها لمثلته، استغناء بتراث أمة أخرى تحالفها في النظرة العامة للدين والحياة، أو انتظاراً لما يجيء به المستقبل من تحارب. وعلى الصعيد الواقعي فإن هناك بلاداً إسلامية كثيرة استطاعت في ظروف العصر الحاضر استهلاك هذا التراث، وتقنين أحكام معاملاتها المدنية وقواعد حياتها الأخرى وفقاً لما هذاها إليه.

ولم يكن القانون المدني العراقي الذي أشار إليه المؤلف إلا مثلاً واحداً لهذا الاتجاه. وتزد الأنياء من مصر بأنها تجد في تغيير قوانينها وتقنين أحكام الشريعة لتطبيقها. وسيكون هذا تطوراً له ما بعده. ومن هذا يتضح أن التراث الفقهي ما يزال قادراً على أداء دوره.

إن تصورات المؤلف عن مستقبل التشريع الإسلامي نابعة من اضطراب صياغته القانونية السائلة. ومن أمر آخر، هو اعتقاده باستمرار خضوع المجتمعات الإسلامية لتلك السياسات القائمة على احتواء مفاهيم الحياة الغربية. ومع ذلك فلا يخطئ الناظر إلى نشاط هذه المجتمعات وجود اتجاهات قوية تلح على وجوب التمسك بالأصول المنهجية للفكر الإسلامي في الميدان التشريعي، والمخرج من حالة التبعية الفكرية لنتائج العقل الغربي في المجالات الأخرى، خاصة بعد حصول البلاد الإسلامية على استقلالها. وتزيد قوة هذه الاتجاهات بمرور الوقت وفشل غيرها في تحقيق الاستقرار السياسي والاجتماعي وزيادة أعداد المؤيدين لها من الطبقات المتعلمة في البلاد الإسلامية.

وتدل هذه الشواهد المتنوعة على أن الاحتمال الأقوى الذي تفرضه العوامل الاجتماعية والثقافية المختلفة هو تطبيق أحكام الفقه بالإفادة مما تبلور منها في المذاهب المتعددة، مع تعديل هذه الأحكام في ضوء المبادئ العامة التي صدرت عنها في الأحوال الخاصة التي تستدعي ذلك. ومع ذلك فيجب الالتفات إلى تأكيد المؤلف على أمرين أساسيين في تحليلاته للواقع القانوني الحالي وتصوره للمستقبل. أولهما أن الخروج الكامل على أحكام التشريع الإسلامي واستمداد صيغة قانونية علمانية لا يمكن أن يكتب له النجاح في البلاد الإسلامية، حيث أن مثل هذه الصيغة لا تعكس روح المجتمع المسلم المعاصر وطريقة حياته التي يريدونها لنفسه. والثاني أن الصياغات الفقهية القديمة لا تصلح بوضعها الموروث للتطبيق في ظروف المجتمعات المعاصرة، ويتعين البحث عن صياغات جديدة تحقق المصلحة في إطار النصوص الشرعية. واعتقادي أن التوفيق قد يخالف المؤلف في هذا الإدراك الأساسي الذي يتفق فيه مع ما يرجوه كثير من المخلصين لمستقبل التفكير القانوني في البلاد الإسلامية.

تعليقات المؤلف

الباب الأول الفقه في دور التكوين

الفصل الأول: التشريع القرآني

(أ) هذه هي وجهة النظر الإسلامية الأساسية، ونغفل هنا هذه التفريعات الناشئة من وجود بعض عناصر التعصيب النسوية في زمن النبي (ﷺ). انظر.

Montgomery Watt, Muhammed at Medina, (Oxford, 1955), 378 ff, 292.

(ب) الذي أثرت ملاحظاته حول ملامح التاريخ التشريعي الإسلامي الباكر على تلك الصورة التي يقدمها الفكر الغربي في هذا الصدد حالياً، واعتقاده أن إنهاء النظام القبلي كان هدفاً سياسياً أساسياً للنبي (ﷺ).

(ج) كان تحريم الربا في بعض ما أريد منه أمراً موجهاً بطبيعة الحال ضد اليهود. انظر:

Schacht, art. «Riba in Encyclopida of Islam, First Edition; Watt, Muhammed at Medina, 296 f.

الفصل الثاني: الواقع التشريعي في القرن الأول الهجري:

(د) لدراسة التطور التشريعي الخاص بوضع أهل الذمة دراسة مستقصية، وتحليل ذلك تحليلاً مفصلاً انظر:

Antoine Farrare, Le Statut Legal des non - Musulmans en Pays d'islam (Beirut, 1958).

(هـ) أفضل دراسة لأحوال القضاة الباكرين هي تلك التي قذفها الكندي لتاريخ الولاية والقضاة، وإن اقتصر فيها على أولئك الذين كانوا في مصر. وقد نشر Rhuvon Guest النص العربي سنة 1912 في سلسلة الدراسات التي صدرت في ذكرى الأستاذ Gibb وكثير من التفصيلات التي أوردتها في هذا الفصل مما يتعلق برسم ملامح التطور القانوني مأخوذة من هذا العمل.

(و) انظر:

R. Brunschvig, Considerations Sociologiques sur le droit musulman ancien in Studia Islamica, Fasc III (1956).

(ز) انظر: شاخت 225, Origins.

الفصل الثالث: نشأة أصول الفقه والمدارس الفقهية المبكرة

(ح) انظر السابق ص 153 وما بعدها.

(ط) انظر مقالة فرحات زيادة في:

American Journal of Comparative law, VI, No. 4 (October 1957)

(ي) انظر:

E. Sachau, Zur ältesten Geschichte des Muhammadanischen Rechts, 723.

ولمعرفة حياة الشيباني وجهده انظر

Dimitroff, Asch Schaibani (introduction)

وأيضاً:

O. Spies, un Grand Juriste:

Mohammad b. al - Hassan al - Shaibani.

وذلك في التقارير المنشورة لمؤتمر القانون الدولي الخامس (Brussel 1953).

الفصل الرابع: واضع علم الأصول: محمد بن إدريس الشافعي.

(ك) لمتابعة نص استدلال الشافعي انظر: ترجمة خدوري للرمالة في

Islamic Jurisprudence

صفحة 227 - 229.

(ل) انظر: شاخت 7 - 53, Origins.

(م) السابق: صفحة 45 وما بعدها وصفحة 48.

(ن) على النحو الذي ترجمه شاخت في المرجع السابق ص 97.

الفصل الخامس : توقف مراحل النمو

(ص) في موضوع تقسيم الأحاديث عموماً انظر :

Aghnides, Mohamman Theories of Finance

المقدمة من ص 1 إلى 117 .

وأيضاً : مقدمة علوم الحديث للحاكم النيسابوري نشر وترجمة James

Robson (لندن 1953) .

Origins, 201 (ع)

(ف) للرجوع إلى النص انظر ترجمة ماجد خلدوري لرسالة الشافعي Islamic

Jurisprudence ص 141 - 145 .

(ص) انظر ص 73 من هذا الكتاب .

الباب الثاني

الفقه في العصور الوسطى بين النظر والتطبيق

الفصل السادس : النظرية الأصولية التقليدية

(أ) ص 128 .

(ب) ص 150 .

(ج) انظر مثلاً :

Ostorg, The Angora Reform, 31.

وأيضاً :

Montgomery Watt, Islam and the Integration of Society (London, 1961) 243, 207.

(د) لدراسة هذا الجانب من التشريع الإسلامي انظر مقالتي :

Doctrine and Practice in Islamic Law, in BSOAS , XVIII/2 (1956)

الفصل السابع : الاتفاق والاختلاف في الفقه

(هـ) انظر الترجمة الفرنسية التي قام بها G.H.Bosquet ملخصاً بعض كتابات

جولدنسبير، وذلك في :

Etudes Islamologiques d, Ignaz Goldziher (Leiden 1962), 52 - 6.

(و) انظر ص 100 من هذا الكتاب .

Outlines of Muhammadan Law, 19

(ز) انظر مثلاً فايزي

Muhammadan Jurisprudence, 163

وأيضاً عبد الرحيم .

(ح) انظر أندرسون :

The Maliki Law of Homicide Gaskiya corporation, Zaria, Nigeria.

(ط) انظر ص 75 من هذا الكتاب .

(ي) انظر شاخت

Sur la transmission de la doctrine dans les ecoles juridiques de l'Islam, in
Annales de l'Institut d'Etudes orientales, Algiers, X, 1952.

(ك) انظر ص 55 من هذا الكتاب .

(ل) انظر ص 181 من هذا الكتاب .

(م) لمعرفة بعض جوانب هذه المسألة انظر مقالتي

The Doctrine and Practice in Islamic Law, in BSOAS, XVIII/2 1956, 225.

(ن) انظر ص 241 من هذا الكتاب .

(س) انظر 121 من هذا الكتاب .

(ع) انظر مقالة Edmond Cahn بعنوان : A lawyer

Looks at Religion المنشورة في : Theology Today عدد : 15 أبريل 1958

ص 103 .

الفصل الثامن : النظم الفقهية للفرق في الإسلام

(ف) انظر شاخت Origins, P.260.

(ص) المرجع نفسه .

(ق) لمعرفة الجانب الكلامي من معتقدات هذه الفرق انظر :

M. Watt, Islamic Philosophy and Theology (Edinburgh, 1962)

وخاصة صفحات 20 - 26, 50 - 56, 99 - 104 .

(ز) المرجع السابق ص 53 .

(ش) انظر شاخت Origins, 267 .

الفصل التاسع : الحكومة الإسلامية والفقه

(ت) انظر مقالتي :

Doctrine and Practice in Islamic Law, BSOAS, XVIII/2 (1956), 211.

(ث) المرجع السابق ص 219.

(خ) مع أن أبا يوسف المتوفي سنة 799 م تناول بعض مسائل القانون العام في كتابه الخراج فإن الماوردي المتوفي سنة 1057 م قدم أول معالجة منهجية مستوعبة للموضوع في كتابه الأحكام السلطانية. ولقد كان العالم الحنبلي ابن تيمية المتوفي سنة 1338 م والفقيه المالكي ابن فرحون المتوفي سنة 1338 م من أبرز المؤلفين الذين كتبوا في موضوعات القانون العام.

(ذ) تترجم كلمة شرعية غالباً إلى revelational أو Scriptural أكثر من ترجمتها إلى كلمة Legal.

(ض) عبارة الونشريسي وهو فقيه مالكي توفي في فاس سنة 1507 م وكان كتب في موضوعات القانون العام - ترجمها Brunot إلى الفرنسية مع بعض التعليقات في:

Le Livre des magistratures d'el Wancherisi, (Rabat 1937).

Brunot and Demombynes op. cit. 18.

(ظ) انظر

(غ) انظر مقالتي :

The State and the Individual in Islamic Law, in the International and Comparative Law, Quarterly, January, 1957.

الفصل العاشر: الفقه والمجتمع الإسلامي

(2 أ) انظر:

Bousquet, *Justice Francaise et coutumes kabyles* (Algiers 1950), 43 f.

(2 ب) انظر:

Bousquet, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde* (Algiers, 1949, 91 f.

Islamic Law in Africa, Index.

(ج 2) أندرسون:

(2 د) انظر:

Ettor Rossi, *Customary Law of the Arab Tribes of Yemen, in RSO(1948).*

(هـ 2) شاخت:

La Justice en Nigérie du Nord et le droit musulman, in Revue algerienne... de legislation et de Jurisprudence, No. 2 (1951), 37 f.

(و 2) انظر:

Bousquet, *Islamic Law and Customary Law in French, North Africa* (a printed lecture delivered in the University of London, (1945).

- (ز 2) انظر بحث R.J.Wilkinson الموسوم بعنوان «القانون» ضمن سلسلة مقالات حول موضوعات تتصل بالملايو (Malay 1908) (Kuala Lumpur) ص 54.
- (ح 2) انظر ص 134 من هذا الكتاب.
- (ط 2) نقلها المحمضاني في كتابه فلسفة التشريع الاسلامي، وهي منقولة من الترجمة الانجليزية لهذا الكتاب، تلك التي أعدها فرحات زيادة ص 116.
- (ي) يرجع الفضل إلى L.Milliot في اكتشاف هذه الظاهرة في التشريع الاسلامي وتحليلها. انظر مقدمته:
- à l'étude du droit musulman, 167 - 178.
- ويوجد تلخيص لهذا الموضوع ولمكانة العرف في التشريع الاسلامي عموماً في مقالتي: The world of Islam Muslim Custom and Case Law المنشورة في
- عدد 6 (1959 م) صفحة 13 وما بعدها.
- (ك) انظر العمل الكاشف في هذا الموضوع لصاحبه:
- Berque, Essai sur la méthode Juridique maghrébine, (Rabat, 1944)

الباب الثالث

الفقه الاسلامي في العصر الحديث

الفصل الحادي عشر: التأثير الأجنبي والاخذ من القوانين الأوروبية

- (أ) للنظر في دور التقنين في الشرق الأوسط بشكل عام ارجع للتقرير الذي قدمه G. Tedeschi إلى المؤتمر الدولي الخامس للقانون المقارن، الذي انعقد في بروسل سنة 1958 م، وعنوان هذا التقرير:

The Movement for Codification in the Muslim Countries: Its Relationship with Western Legal Systems.

(ب) انظر:

Anderson, the Sharia and Civil law. (the debt owed by the new civil codes of Egypt and Syria to the Shari's) in Islamic Quarterly, (1954) 29 - 46.

(ج) انظر ص 208 فيما سبق. وأيضاً:

Bousquet, Du droit musulman et de son application effective dans le monde (Algiers, 1949). 77 f.

(د) انظر:

Anderson, «The Modernisation of Islamic Law in the Sudan» in The Sudan Law Journal and Reports (1960).

(هـ) انظر :

Schacht, «Problems of Modern Islamic Legislation» in the *Studia Islamica*, Fasc. XII (1960) 123.

(و) انظر :

Anderson, conflict of Laws in Northern Nigeria, in the *Journal of African Law*, 1, No. 2 (1957).

(ز) انظر :

A. Gledhill, «The penal Codes of Northern Nigeri and the Sudan (Stephens, London, 1963) ch. 23.

(ح) انظر :

Sauser - Hall, la reception des droits européens en Turquie, Extrait du recueil de travaux publié par la faculté de l'université de Genève (1938), 31 f.

(ط) قضية حسان وجعفر عبد الرحمن ضد سنوسي محمد سر الخاتم في سنة 1960. وقد كانت هذه القضية وغيرها مما له صلة بتحديد العلاقة بين القانون المدني والعرف وأحكام الشريعة في السودان موضوع دراسة قام بها C.d'Olivier بعنوان A case note المنشورة في : Farran

The Sudan Law Journal and Reports (1960).

بإشراف كلية الحقوق جامعة الخرطوم .

الفصل الثاني عشر : تطبيق الشريعة في البلاد الإسلامية في الوقت الحاضر

(ى) لمتابعة هذا الملمح وغيره من ملامح القانون الأنجلو اسلامي التي أشير إليها في هذا الفصل ارجع إلى الكتاب الدراسي الأساسي في الموضوع الذي كتبه فايزي بعنوان :
Outlines of Muhammadan Law (Oxford, (1955)

(ك) انظر :

Mahmud, Muslim Law of Succession and Administration (Pakistan Law House, Karachi. 1958).

(ل) انظر :

Anderson , «Waqfs in East Africa» in the *Journal of African Law*, III, No. 3 (1959), 132 - 164.

وانظر أيضاً أحدث قرارات المجلس السامي في هذا الصدد في قضية :

Riziki Binti Abdulfah V. Sharifa Binti Mohammad Bin Hamid, Privy Council Appeal No. 63 of 1960.

الفصل الثالث عشر : التقليد والتجديد في الفكر التشريعي

(م) انظر أندرسون

«A Law of Personal Status for Iraq», in the *International and Comparative Law Quarterly* (October 1960) 550.

(ن) انظر فايزي الكتاب المشار إليه آنفاً ص 104 وما بعدها.

(س) انظر :

Roussier, «Dispositions nouvelles dans le statut Successoral en droit tunisien» in *Studia Islamica*, Fasc. XII 1960, 138.

(ع) انظر شاخت :

Islamic Law in Contemporary states. in the *American Journal of Comparative Law*, 1959, 164 f.

(ف) انظر أندرسون :

Islamic Law in the Modern World, 38.

الفصل الرابع عشر : الاجتهاد الجديد

(ص) انظر لاويست :

Essai sur les doctrines... de Ibn Taimiya (Cairo 1939), 228.

(ق) انظر :

Roussier, «L'ordonnance du 4 Février 1959 sur le mariage et le divorce des Français de statut local algérien» in *Recueil Sirey* (April 1959) *Chronique*.

(ر) انظر أندرسون :

«Muslim Marriages and the Courts in East Africa» in the *Journal of African Law*, In No. I, 1957.

(ش) انظر أندرسون :

The personal Law of the Druze Community, in *The World of Islam*, II, (1952), 83 f.

الفهرس

5 وشكر وتقديره
7 بين يدي الترجمة
17 مقدمة المؤلف

الباب الأول

الفقه في دور التكوين

27 الفصل الأول
27 التشريع القرآني
43 الفصل الثاني
43 الواقع التشريعي في القرن الأول الهجري
61 الفصل الثالث
61 نشأة أصول الفقه والمدارس الفقهية الباكرة
81 الفصل الرابع
81 واضح علم الأصول
91 الفصل الخامس
91 توقف مراحل النمو

الباب الثاني

الفقه في العصور الوسطى بين النظرية والتطبيق

107 الفصل السادس
107 النظرية الأصولية التقليدية

119	الفصل السابع
119	الانفاق والاختلاف في الفقه
140	الفصل الثامن
140	النظم الفقهية للفرق في الاسلام
158	الفصل التاسع
158	الحكومة الإسلامية والفقه
177	الفصل العاشر
177	الفقه والمجتمع الاسلامي

الباب الثالث

التشريع الإسلامي في العصر الحديث

199	الفصل الحادي عشر
199	التأثير الأجنبي والأخذ من القوانين الأوروبية
217	الفصل الثاني عشر
217	تطبيق الشريعة في البلاد الإسلامية في الوقت الحاضر
241	الفصل الثالث عشر
241	التقليد والتجديد في الفكر التشريعي
262	الفصل الرابع عشر
262	الاجتهاد الجديد
281	الخاتمة: الفقه والتقدم الاجتماعي للمسلمين
293	تعليقات المؤلف



General Organization of the Alexan-
dria Library (GOAL)
Bibliotheca Alexandrina

هذا الكتاب

... هو لأحد أهم وأكبر المستشرقين الانجليز المعاصرين المنعنين بدراسة الفقه الإسلامي وتدريسه بجامعة لندن . تتلمذ على المستشرق المشهور يوسف شاخت ، كما درّس القانون الانجليزي ، مما أناح له القدرة على تناول مسائل الفقه الإسلامي من وجهة نظر جديدة .

وقد قمت بترجمة هذا الكتاب إحساساً مني بأهميته ، والذي يعبر عن مرحلة هامة في التفكير الاستشرافي لكثير من الاعتبارات ، منها جدية المؤلف ، وامتلاكه أدوات البحث القانوني ، وخبرته بمصادر الفقه الإسلامي ، ومنها اهتمامه في هذا الكتاب بالتأريخ لتطبيق الشريعة الإسلامية في العصر الحديث في بلاد العالم الإسلامي جميعها ، وعكوفه على التطبيقات القانونية لأحكام الشريعة في هذه البلاد بنية استخلاص أصولها ومناهج تطبيقها ، ومن شأن الإطلاع على ما رسمه المؤلف من هذه النماذج زيادة خبرة الباحث المسلم بهذه التطبيقات القانونية وزيادة معرفته بها . كما عالج فيها أحوال التشريع في العصر الحديث .

المرجم



المؤسسة العامة للدراسات والنشر والتوزيع